



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**ENQUADRAMENTO PENAL DAS SANÇÕES APLICÁVEIS ÀS
PESSOAS COLECTIVAS:
A SUA NATUREZA E FINALIDADES**

SOFIA SERPA ANDRADE E SILVA

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre

2016



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**ENQUADRAMENTO PENAL DAS SANÇÕES APLICÁVEIS ÀS
PESSOAS COLECTIVAS:
A SUA NATUREZA E FINALIDADES**

SOFIA SERPA ANDRADE E SILVA

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

**Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre, sob orientação da
Professora Doutora Helena Costa Morão**

2016

Aos meus Pais...

Sempre.

E para sempre.

“Eu sou eu e as minhas circunstâncias...”

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

SIGLAS E ABREVIATURAS

AR – Assembleia da República

CdVM – Código dos Valores Mobiliários

CE – Conselho da Europa

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

MP – Ministério Público

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

OWiG – *Ordnungswidrigkeitengesetz*

RGIMOS – Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

StGB – *Strafgesetzbuch*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE – União Europeia

ÍNDICE

RESUMO / PALAVRAS-CHAVE	9
ABSTRACT / KEYWORDS	10
INTRODUÇÃO	11
1. Delimitação do objecto de estudo	11
2. Estruturação e objectivos	15
3. Método adoptado	20
PARTE I	
DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS	23
<u>CAPÍTULO I</u> - <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST?</i>	28
<u>CAPÍTULO II</u> - <i>SOCIETAS DELINQUERE... POTEST.</i>	34
1. DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS PESSOAS COLECTIVAS	41
2. DOS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO	45
2.1 – No Código Penal português	53
2.2 – No regime geral das contra-ordenações	61
<u>CAPÍTULO III</u> - BREVE ALUSÃO À QUESTÃO DA CULPA	65
<u>CAPÍTULO IV</u> – COMENTÁRIO	74
PARTE II	
DAS FINALIDADES DA PENA E DOS SEUS LIMITES	89
<u>CAPÍTULO V</u> – DAS CLÁSSICAS TEORIAS ACERCA DAS FINALIDADES DA PENA	92
1. TEORIAS ABSOLUTAS	92
2. TEORIAS RELATIVAS	96
2.1 – A prevenção geral	97

2.2 - A prevenção especial	99
3. TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS	102
4. <i>PEQUENO PARÊNTESIS</i> : A TEORIA DA REPARAÇÃO	108
 <u>CAPÍTULO VI</u> - AS FINALIDADES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL (MAIS RECENTE)	112
5. O CÓDIGO PENAL DE 1995 E AS FINALIDADES DA PENA: UM NOVO E EXPRESSO PARADIGMA LEGAL?	112
6. DA POSIÇÃO DOMINANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	115
7. ALGUMAS CONTRA-CORRENTES	119
8. POSIÇÃO ADOPTADA	125
 <u>CAPÍTULO VII</u> - DAS FINALIDADES DA PENA E DA SUA (IN)APLICABILIDADE ÀS PESSOAS COLECTIVAS	133
9. AS FINALIDADES DA PENA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL ECONÓMICO	135
10. ESPECIFICIDADES DA SUA APLICAÇÃO ÀS PESSOAS COLECTIVAS	142
 PARTE III	
DAS SANÇÕES LEGALMENTE PREVISTAS PARA AS PESSOAS COLECTIVAS	153
 <u>CAPÍTULO VIII</u> – O ELENCO DAS SANÇÕES PENAIIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	157
1.NO REGIME GERAL DO CÓDIGO PENAL	157
a) Penas Principais	157
1.1 – A pena de dissolução (artigo 90.º-F)	157
1.2 – A pena de multa (artigo 90.º-B)	161
b) Penas Substitutivas	169
1.3 – A pena de admoestação (artigo 90.º-C)	169
1.4 – A pena de caução de boa conduta (artigo 90.º-D)	170
1.5 - A pena de vigilância judiciária (artigo 90.º-E)	171
c) Penas Acessórias	174

1.6 – A pena de injunção judiciária (artigo 90.º-G)	174
1.7 - A pena de interdição do exercício de actividade (artigo 90.º-J)	175
1.8 – A pena de proibição de celebrar contratos (artigo 90.º-H).....	177
1.9 – A pena de encerramento de estabelecimento (artigo 90.º-L)	178
1.10 - A pena de privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (artigo 90.º-I)	181
1.11– A pena de publicidade da decisão condenatória (artigo 90.º-M) ..	182
2. ANÁLISE CRÍTICA	184
 <u>CAPÍTULO IX – (UM POUCO DE) DIREITO COMPARADO</u>	195
1. <i>As peines criminelles</i> do ordenamento jurídico francês	195
2. <i>As consecuencias accesorias</i> do ordenamento jurídico espanhol	199
3. As sanções penais nos ordenamentos jurídicos britânico e americano: as <i>Federal Sentencing Guidelines</i> e o triunfo dos programas de <i>compliance</i>	205
4. As <i>Ordnungswidrigkeitgesetz (OWiG)</i> do ordenamento jurídico alemão	214
5. As sanções na perspectiva da União Europeia	216
 <u>CAPÍTULO X – DA NATUREZA DAS SANÇÕES APLICÁVEIS: ALGUMAS INTERROGAÇÕES</u>	221
1. Porque não medidas de segurança?	222
2. Porque não contra-ordenações?	227
3. Porque não um novo modelo de reacção penal aplicável a pessoas colectivas?	233
 CONCLUSÃO	237
 BIBLIOGRAFIA	252

RESUMO

A presente dissertação aborda o complexo problema atinente à responsabilidade criminal de entes colectivos, mais especificamente, a delicada questão das reacções criminais que lhes são legalmente atribuídas e das finalidades das penas que lhes devem ser reconhecidas. Parte-se da constatação de que o Direito Penal foi originariamente criado *para e com base em* pessoas físicas, sendo marcadamente ético e ontológico na sua essência. Aquilo que se intenta analisar e demonstrar neste trabalho é a inadequação das penas às pessoas colectivas, seja do ponto de vista da dogmática jurídico-penal, como da prossecução dos objectivos pretendidos pela política criminal e pelo princípio da necessidade de protecção de bens jurídicos que esta realidade impõe. No que toca aos fins das penas, revelar a total prevalência da finalidade de prevenção especial, seja na vertente de inocuização, seja na vertente de ressocialização ou corrigibilidade (preferência por esta última) a que se alia um dos principais fundamentos para a responsabilização de entes colectivos: a demanda pela auto-regulação e pelo auto-controlo do perigo e dos riscos emanentes à actividade da pessoa colectiva. O Direito Penal e a aplicação de penas tem como condição, fundamento, limite e medida *a culpa*. E a culpa é intrínseca ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como tal, as pessoas colectivas não são susceptíveis de culpa penal, mas sim de uma mera reprovação ou censura por violação de dever ou de uma avaliação quanto à sua perigosidade futura. Daí que faça sentido aplicar-lhes verdadeiras medidas de segurança - ou medidas de teor exclusivamente preventivo - regidas pelo princípio da proporcionalidade, da necessidade e por finalidades utilitaristas e pragmáticas que desde sempre se encontram presentes no problema da responsabilização penal de entes colectivos.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade penal ∞ Entes Colectivos ∞ Finalidades das Penas

Prevenção ∞ Reacções Penais

ABSTRACT

The present dissertation addresses the complex problem regarding corporate criminal liability, more specifically, the delicate question of legally assigning criminal sanctions to legal persons and acknowledging the purposes of their punishment. It is understood that Criminal Law was originally established *to* and *based on* natural persons, which means that in its substance it is markedly ethical and ontological. What we intend to analyze and demonstrate with this dissertation is the inadequacy of penal sanctions both against legal persons, by a penal authoritative point of view, as well as to the pursuit of criminal policy objectives and the necessity principle of protecting legal interests as it is demanded by this situation. Concerning the purposes of punishment, the supremacy of individual deterrence must be recognized, not only in an inhibition form, but also as rehabilitation (the preferred one), which is linked to one of the main foundations of corporate criminal liability: the imposition of self-regulation and self-control over the risks and dangers that could arise from the legal person's activities. Both Criminal Law and its sanctions depend on the principle of *guilt*, which operates as a prerequisite, foundation, limit and measurement; and is an intrinsic part of the major principle of human dignity. Therefore, legal persons are unlikely to be the subject of criminal guilt, but merely of social reprobation, admonishment for infringement of duty or the subject of a dangerousness assessment. This is why security measures – or any others with an exclusive preventive function – are the ones most suitable and appropriate to apply against legal persons, as long as they are ruled by the principles of proportionality and necessity and guided by utilitarian, pragmatic and objective purposes, which has always been present, in fact, along the corporate criminal liability issue.

KEYWORDS

Criminal Liability ∞ Legal Persons ∞ The Purpose of Punishment
Prevention ∞ Criminal Sanctions

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objecto de estudo.

Como toda a *ciência* centralizada sobre o Indivíduo, isoladamente, ou sobre o Indivíduo enquanto sujeito socialmente integrado, o Direito não é estanque. Nem o poderia ser. Ao invés, pugna-se por um seu dinamismo, na medida em que tanto deve *acompanhar* a evolução social como, em alguns casos, assumir a função de *guiá-la* dentro de certos limites, o que ganha particular enfoque quando o assunto é o Direito Penal. Não obstante haver sido marcado por uma estrutura ontológica pré-concebida, facto é que o Direito Penal (ou a dogmática jurídico-penal) se transformou, sendo cunhado pelo normativismo e marcado por uma teleologia funcional e racional. Aceita-se que a intervenção penal não seja, hoje, legitimada *apenas* por uma ordem transcendente de valores absolutos e pré-dados, havendo que ser moldada por critérios funcionais de utilidade social e, acima de tudo, de necessidade, arrimada em uma referência constitucional dos bens jurídicos protegidos ou a proteger, no princípio da culpa e no princípio da intervenção mínima, bem como no ideal da socialidade. Contudo, extrair desta diferente teleologia do sistema jurídico-penal a ruptura com as exigências de *retribuição da culpa* é algo com o qual não se adere e não se deveria aprovar. A substituição desta por propósitos inteiramente preventivos significa, no nosso modo de ver as coisas, a absoluta descaracterização do Direito Penal e do seu instrumentário sancionatório. Razão pela qual, no nosso íntimo, abraçamos a corrente que é defendida pela Escola de Frankfurt, por zelar pela conservação e purificação do Direito Penal ao turbilhão de novos problemas que a sociedade hodierna despertou e carece de os ver *controlados*. Não somos alheios, contudo, à *ingenuidade* de que tal posição está afectada.

Assim, apreender o fenómeno da globalização, da mundialização da economia e do comércio, do decaimento da noção de fronteiras e limites espaço-temporais, da absoluta falta de controlo sobre e força de irradiação associada

aos actuais meios de comunicação, informação e produção, a par de uma sociedade essencialmente tecnológica que parece ter perdido conta ao sem número de riscos a que se encontra sujeita, significou um avanço (?) em relação ao qual não há retorno. Não fosse tudo isto o bastante, constata-se *diariamente* que a evolução tecnológica não foi acompanhada de uma evolução social, humanitária e solidária, verificando-se exactamente o seu oposto, isto é, um verdadeiro retrocesso. Ponto é que as nossas esperanças são dirigidas para o Estado (Interventor), mais especificamente, para um Direito Penal cujas essência e matriz nos fazem compreender que nem ele está preparado ou é adequado a resolver semelhante desordem. É neste cenário – tudo menos apoteótico – que emergiu a complexa problemática da responsabilidade penal de pessoas colectivas, entidades cujo relevo social escalou de forma tal que são elas a assumir, actualmente, o papel principal nas relações sociais do quotidiano. Como se pode compreender, é impossível manter as pessoas colectivas desviadas do foco do legislador e dos tribunais, havendo-se desde logo suscitado a premência de uma sua subordinação ao Direito Penal. Interessante é notar que esta é uma questão em que se torna evidente a presença de um conflito entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal. A tarefa social de controlo do crime não é suficientemente acautelada sem recurso à política criminal, que depende de conhecimentos empíricos da realidade criminal e consubstancia um auxílio da maior importância na definição das estratégias a adoptar pelo legislador penal. Estamos em crer que, no respeitante a esta matéria, vingou a prevalência da política criminal para lá do quadro jurídico-positivo do Direito Penal, com a desvirtuação de conceitos e da dogmática penal em prol da busca de eficiência na luta contra a delinquência colectiva, à margem da proposição formulada por VON LISZT de que o direito penal “(...) constitui a barreira intransponível da política criminal.”¹

Neste seguimento, fomos assomados pela certeza quanto à importância do tema que nos propusemos investigar. Não só porque de consabida complexidade e controvertível inserção sistemática, como também pelas consequências práticas que dele podem decorrer. Estando cientes de que o tema não é original

¹ - *Apud*, DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 22.

ou não se apresenta como uma novidade, tal factor não nos dissuadiu ou desmotivou, muito pelo contrário. Antes, serviu como orientação para a escolha de um tema de entre os *vários* que são despoletados pela responsabilidade penal de entes colectivos. E o facto de haver obras de vulto sobre o assunto tanto funcionou como factor intimidante, que fez incutir em nós uma reforçada responsabilidade e seriedade com que teríamos de tratar do assunto, como também nos deu algum ânimo, no sentido em que, o sancionamento de pessoas colectivas representa *uma* pequena parte do problema mais vasto que é colocado ao Direito Penal pelas pessoas colectivas, a que se junta a circunstância de não haver unanimidade quanto às finalidades e à natureza das reacções previstas contra entes colectivos, perfeitamente ilustrada no modo diversificado com que elas são consagradas ao longo dos ordenamentos jurídicos europeus. Não deixa de ter a sua pertinência o facto de, em Estados que partilham de raízes e valores comuns, bem como que se deparam da igual forma com as dificuldades trazidas pela delinquência colectiva, ser dispensado tratamento diferenciado entre si. E é inegável, para nós, que a questão ainda se torna mais interessante à medida que constatamos que no ordenamento jurídico-penal alemão – desde sempre prestigioso e marcado por uma dogmática sólida e bem construída – ainda se pode falar genericamente na vigência do brocardo *societas delinquere non potest*, recusando-se a aplicação de penas a pessoas colectivas; por outro lado, a tomada de conhecimento do vigoroso debate que marcou a doutrina penal do país vizinho acerca da natureza das medidas previstas no código penal espanhol e nele designadas *consecuencias accesorias*; enfim, a crescente contestação oriunda do sistema penal norte-americano e referente aos problemas e ineficácia de uma responsabilização penal de entes colectivos, enveredando pela adopção de diferentes métodos de intervenção face aos entes colectivos e pelo recurso a medidas reformadoras e preventivas. A tudo isto acrescentamos a seguinte indagação: no tocante à responsabilidade de entes colectivos infere-se a maior dedicação, por parte dos estudiosos do Direito Penal, à questão da capacidade de acção penalmente relevante dos entes colectivos, à depuração dos critérios de imputação a eleger para a sua responsabilização conexa com a complexa matéria da comparticipação e do título de imputação do crime às mesmas, a que junta, inevitavelmente, a árdua tarefa de criação de um conceito de culpa penal

apropriado à natureza e estrutura das pessoas colectivas. Compreensivelmente. *First things first*. No entanto, questionamos: de que servirá a completude e perfeição de uma dogmática se, chegados ao fim do caminho e na hora de aplicar as sanções correspondentes, constatarmos que elas não conferem o adequado tratamento à questão? Ou, por outro lado, que ela poderia/deveria ser perspectivada de um outro ponto de vista bem mais conforme à realidade, às necessidades da política criminal e provendo ao resguardo de um Direito Penal que não se coaduna às especificidades do caso *sub judice*? Esta a principal razão que nos impulsionou para a escolha do tema e que afiançamos *não* se ficar pela mera discussão teórica e abstracta, sem quaisquer repercussões em termos de exequibilidade prática.

Enfim, e a título mais pessoal, a escolha *óbvia* por um assunto pertencente ao Direito Penal, não fosse esta a área jurídica que de *mediato* nos marcou e ganhou a nossa predilecção sobre as demais, desde os tempos de Licenciatura em Direito na Faculdade de Direito de Lisboa. É a área, por excelência, que nos leva a reflectir sobre as questões mais profundas e marcantes em relação ao Homem e à sociedade, manifestada na íntima interconexão com a Constituição da República portuguesa e que, *simultaneamente*, pode dispensar a imprescindível justiça, segurança e tutela a valores supremos para a sociedade e para a Humanidade, como também, pode representar a mais fácil ameaça e violação a tais valores, de forma encapotada, sob um manto de aparente legitimidade, num paradoxo que tem tanto de assustador, como de apaixonante. Subsequentemente, tentamos conciliar num mesmo tema o gosto pela questão das finalidades das penas e pelo direito penal clássico, com matéria de Direito Penal Económico e das pessoas colectivas, temáticas que estão na ordem do dia.

A nível conceptual, enfatizar o uso *indiscriminado*, ao longo do presente trabalho, dos conceitos de “pessoa colectiva”, “entidade colectiva”, “entes colectivos” e “organizações colectivas” para nos referirmos à mesma realidade, conscientes de que a expressão que melhores condições reúne para o efeito é a de “entes colectivos”, como mais à frente se verá. De igual modo, o recurso alternativo às designações “responsabilidade penal”, “responsabilidade criminal”, “fins das penas” e “finalidades das penas”. Cumpre deixar consignada, desde já, a denominação «criminalidade de empresa» atribuída a BERND

SCHÜNNEMANN² que demarcou três níveis de criminalidade frequentemente associada a pessoas colectivas: o primeiro, da criminalidade que germina dentro da empresa, mas que atenta apenas contra ela; o segundo, da criminalidade levada a cabo por certos membros da empresa contra outros membros que também a integram³; e, por fim, da criminalidade que ora nos importa, como aquela que emana da empresa e que se projecta para o exterior sob a forma de delitos que são cometidos por seu *intermédio* e que vêm a lesar bens e interesses jurídicos externos (podendo, contudo, incluir bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa). É quanto a este último nível de criminalidade que nos referiremos ao utilizarmos a designação «criminalidade de empresa» e sobre a qual debateremos.

2. Estruturação e objectivos.

O presente trabalho encontra-se dividido em três partes, respectivamente, a Parte I (Da responsabilidade penal das pessoas colectivas), a Parte II (Das finalidades da pena e dos seus limites) e a Parte III (Das sanções legalmente previstas para as pessoas colectivas), cada uma delas integrada por capítulos e sub-capítulos, havendo-se tentado aglomerar, no final de cada Parte ou de alguns Capítulos mais importantes, a exposição da nossa opinião. Outra não poderia ser a ordem de exposição das matérias. Iniciaremos, pois, por abordar, em termos genéricos, a temática da responsabilidade penal de entes colectivos, passando à apreciação e discussão de quais as finalidades das penas reconhecidas (e/ou positivadas) no Direito Penal, para, em último lugar, tratar das penas aplicáveis a entes colectivos. Vejamos com maior detalhe os passos seguidos e os objectivos pretendidos em cada uma das Partes.

Da Parte I constará a contextualização do problema da responsabilidade penal das pessoas colectivas, explicada no âmbito da emergência do Direito Penal Económico e agravada pelos efeitos da globalização, que fez despoletar

² - Cfr. SCHÜNNEMANN, Bernd – “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, 1998, p. 531.

³ - Este tipo de criminalidade que vem previsto, por exemplo, nos artigos 509.º a 527.º do CSC.

duas correntes doutrinárias opostas quanto ao papel que o Direito Penal deve assumir ante a Sociedade do Risco. No Capítulo I será feito um apanhado dos principais argumentos aduzidos contra a responsabilização penal de entes colectivos, suporte do brocardo *societas delinquere non potest* e que se prendem, na sua essência, à incapacidade de acção e de culpa das pessoas colectivas e à inaplicabilidade, tanto da pena de prisão, como das finalidades atribuídas às penas, às pessoas colectivas. Segue-se o raciocínio inverso, no Capítulo II, de onde se fará constar os fundamentos que presidem à responsabilização criminal das pessoas colectivas, assentes na *necessidade*, *utilidade* e, até, *urgência* do seu reconhecimento, a par da fundamental explanação sobre *que* pessoas colectivas é que deverão ser consideradas *sujeitos penalmente relevantes*, deixando indiciado, desta forma, o outro fundamento (que é também *finalidade*) associado à sua responsabilização: a imposição de auto-regulação, auto-controlo e auto-organização às pessoas colectivas. O Capítulo termina com a exposição dos critérios de imputação previstos no Código Penal e no RGIMOS, comparando-os e denunciando a total falta de harmonização entre eles, feita, em momento prévio, a apresentação dos modelos de imputação a que a doutrina e os legisladores penais recorrem, com as suas inerentes vantagens e desvantagens. Por fim, no Capítulo III, a breve alusão à problemática da culpa das pessoas colectivas, que tanta divergência suscita e que se demarca, essencialmente, na opção de criação de um conceito de culpa *próprio* de entes colectivos ou na mera transferência da culpa por parte daqueles que assumem posição de relevo na pessoa colectiva. Os objectivos atinentes à Parte I ligam-se ao indispensável conhecimento desta matéria para as análises subsequentes. Para se criticar, é necessário conhecer. Dito isto, pretende-se saber se todas as pessoas colectivas podem ser responsabilizadas e como é que isso se coaduna com o princípio constitucional *ne bis in idem*; pretende-se saber em que termos é que a pessoa colectiva é responsabilizada, que pessoas físicas é que poderão conformar o facto a imputar ao ente colectivo, que características é que este facto deve apresentar (no sentido de saber se a pessoa colectiva é responsabilizada por facto de outrem ou por facto próprio); no fundo, saber que modelo de responsabilidade é adoptado pelo artigo 11.º do CP e perceber em que termos é que se procede à criação de uma culpa dita *própria* da pessoa colectiva no seio de um Direito Penal

construído de raiz sob considerações meramente ontológicas e individuais, o que tem a dizer o Tribunal Constitucional a este respeito e se se pode dar por verificados o respeito pelos princípios da culpa e da intransmissibilidade das penas.

Da Parte II constará a exposição das clássicas teorias acerca das finalidades da pena e do modo como se deu a sua evolução junto da doutrina. Procurar-se-á apreender os conteúdos das teorias absolutas e relativas da pena (esta última, composta pelos modelos da prevenção geral e especial), a transformação que lhes é dada pelas teorias mistas ou unificadoras em ordem à conciliação prática das várias finalidades perante o caso concreto, abrindo lugar ainda para uma curta análise da reparação e do papel que pode providenciar no âmbito do Direito Penal (Capítulo V). Em seguida, circunscritos ao ordenamento jurídico nacional mais recente – Capítulo VI – focaremos a nossa atenção no Código Penal de 1995 e no novo paradigma legal que foi por ele implementado, influência da posição dominante no ordenamento jurídico português que confere total prevalência à finalidade de prevenção geral positiva na vertente da protecção indispensável aos bens jurídicos violados, imediatamente seguida de preocupações de prevenção especial positiva com a reintegração do agente na sociedade (tal como se decidiu fazer constar do artigo 40.º do CP) e de minoração do papel da culpa a mero limite da pena. A partir daí, estaria aberto o caminho à recusa de qualquer finalidade retributiva do Direito Penal actual, não fosse a existência de vozes dissonantes entre a doutrina nacional, que serão alvo da devida apreciação, a par de alguma inconstância na própria jurisprudência dos últimos tempos, que aparenta estar a acolher novamente a tão famigerada finalidade retributiva e a “desprender-se” da moldura da prevenção geral criada pelo Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. Por último, no Capítulo VII, a questão central da Parte II relacionada com as finalidades da pena e a dúvida sobre a sua aplicabilidade a entes colectivos. Iniciaremos o Capítulo por relembrar as posições daqueles que recusam ver em relação às pessoas colectivas a vigência de quaisquer finalidades da pena, passando para a análise destas finalidades uma vez situados no Direito Penal Económico. E isto porquê? Porque nos parece ser decorrência lógica para um *melhor* aprofundamento da questão quanto aos entes colectivos, não houvesse sido o Direito Penal

Económico o campo onde primeiramente se fez sentir a criminalidade de empresa, e após o qual terminaremos com as especificidades dos fins das penas aplicáveis às pessoas colectivas. Os propósitos desta Parte II serão fundamentalmente os seguintes: afinal, que finalidades são de atribuir às penas? Fará sentido a recusa de uma concepção retributiva, sabendo a evolução por que já passou? E o que dizer das teorias mistas ou unificadoras? Denotam elas uma total falta de referente seguro e determinável para o julgador? No respeitante ao ordenamento jurídico nacional, caberá analisar da reforma que foi introduzida no CP de 1995 e do modelo de prevenção adoptado, tendo como alvo primacial o derradeiro papel que deve ser reconhecido à culpa e à finalidade retributiva da pena. Ademais, também a questão sobre a necessidade de positivar os fins das penas na parte geral do código penal será abordada. Procurar-se-á descortinar a interessante dúvida sobre se os fins das penas como os conhecemos podem ser aplicados a entes colectivos e, em caso afirmativo, se devem ou não ser objecto de transformação ou adaptação à natureza destas entidades e à finalidade que subjaz a uma intervenção penal junto delas. De igual modo, constatar-se-á que o próprio Direito Penal Económico já encerra, em si mesmo, especificidades nos planos das finalidades das penas e do melhor modo de se punir os seus agentes, como também prevenir a comissão de ilícitos criminais. Em sùmula, tentar perceber se há ou não uma diferença substancial no tipo de medidas a aplicar a pessoas colectivas e a pessoas individuais, diferenças quanto ao tipo de finalidades prevaletentes e até, ao nível de *intensidade* que se considera ser aceitável para prossecução destas finalidades, demonstrando que é a natureza colectiva destes entes a assumir uma função determinante.

Da Parte III, enfim, a explicitação das sanções legalmente previstas para as pessoas colectivas porquanto restringidos, no Capítulo VIII, ao elenco constante do regime geral do código penal, onde se analisará uma por uma as sanções susceptíveis de lhes serem aplicadas, principiando-se pelas penas principais de dissolução e multa, seguidas das penas substitutivas de admoestação, caução de boa conduta e vigilância judiciária, até ao restante leque das penas acessórias. Ressalva para o facto de, não obstante se terminar o Capítulo com uma análise crítica às mesmas, outros comentários serão inevitavelmente feitos à medida que vão sendo reveladas as penas consagradas no código penal. Por outro lado, no

Capítulo IX, uma visão mais abrangente da temática, através de uma pequena sinopse da situação vigente em determinados ordenamentos jurídicos estrangeiros, onde se realizará a sempre importante análise do Direito Comparado. Impõe-se, por isso, nesta sede a justificação da sua escolha, limitada a seis ordenamentos jurídicos diferentes. Em primeiro lugar, a opção pelo ordenamento jurídico-penal francês com o fundamento de haver sido um dos países europeus a consagrar algo *destemidamente* uma vasta gama de sanções penais contra pessoas colectivas em termos marcadamente severos. Em segundo lugar, a eleição do ordenamento jurídico espanhol, por haver estipulado as tão controvertidas *consecuencias accesorias* que, como se verá, veio a dar origem a uma intensa análise da natureza destas medidas e dos requisitos que se deveria prever para a sua aplicação. Em terceiro e quarto lugar, a abordagem das sanções penais nos ordenamentos jurídicos britânico e norte-americano, reunidos em um só ponto por partilharem das mesmas raízes e perfilharem princípios semelhantes, com peculiar incidência nas *Federal Sentencing Guidelines* de 2015 vigentes no ordenamento jurídico norte-americano, e cujos contributos para o debate acerca da responsabilidade penal de entes colectivos serem tudo, menos insignificantes, por se ter tornado evidente a clara viragem para mecanismos preventivos e de *compliance*, em oposição ao crescente descrédito face ao sucesso e eficiência de uma responsabilização penal de pessoas colectivas. Em quinto lugar, uma brevíssima análise às contra-ordenações do ordenamento jurídico alemão, por se tratar de um ordenamento jurídico desde sempre influente e que, curiosamente, nesta matéria, continua a recusar a inserção das pessoas colectivas no direito penal, negando-se-lhes a possibilidade de serem responsabilizadas criminalmente, razão pela qual se prevê a mera responsabilidade contra-ordenacional por crimes ou contra-ordenações que sejam cometidos por certos agentes físicos. Em sexto e último lugar, a perspectiva da União Europeia em virtude da ausência de uma posição firmada e pragmática a respeito da natureza da responsabilidade e das sanções a aplicar a pessoas colectivas. Por fim, no Capítulo X, propõe-se o levantamento de sérias interrogações quanto à real natureza das medidas que são commumente previstas para as pessoas colectivas, enveredando por uma exposição doutrinária de variadas posições a respeito da sua qualificação como medidas de

segurança, como medidas contra-ordenacionais e, por fim, verdadeiro *tertium genus*, aquelas que são, na nossa opinião, as correntes doutrinárias mais próximas da real natureza das medidas que deveriam ser estipuladas para as pessoas colectivas e com clara repercussão nos pressupostos que legitimariam a sua cominação. Subsequentemente, os objectivos que se pretendem com a Parte III consistem no esclarecimento e crítica do regime sancionatório previsto no código penal e da sua variedade, na apreciação da sua conformidade à natureza dos entes colectivos e na eleição de quais as melhores e quais as piores penas constantes do código penal. Indagar sobre quais os critérios para determinação e escolha da pena aplicável aos entes colectivos, sobre a existência ou não de uma maior margem de liberdade na escolha e conformação das penas por parte do juiz, bem como, tecer algumas recomendações e recolher sugestões quanto a sanções novas que poderiam ser implementadas no ordenamento jurídico nacional. Enfim, procurar saber, afinal, que juízo de censurabilidade é que é possível realizar frente a entes colectivos e que pressupostos é que seriam verdadeiramente de exigir para uma sua aplicação, procurando encontrar, por fim, as almejadas diferenças de regime e proveitos que farão com que esta problemática não se reconduza a mera diferença de *nomen iuris*, tal como é por vezes apontado.

2. Método adoptado

A presente dissertação não seguiu as regras impostas pelo novo acordo ortográfico.

O modelo de citação em nota de rodapé consiste em uma versão abreviada das indicações consignadas na Bibliografia, pelo que deverá esta ser consultada de modo a inteirar-se da obra em questão. Assim, a ordem de apresentação na Bibliografia das fontes consultadas principia com o sobrenome do Autor ou Autores, seguido do nome próprio, do título da obra ou do título do artigo constante de obra ou de revista indicada imediatamente a seguir e, contínuo, do local da edição, da designação da editora, do ano da publicação e por fim, nos

casos a que se aplique, da indicação das páginas referentes. Outras vezes, é indicado o *site* da internet onde a obra foi consultada. Seguindo um modelo clássico, mas com o intuito de simplificar a leitura, as notas de rodapé iniciam com o sobrenome do Autor, o nome próprio, o título da obra ou do artigo, a data e a(s) página(s) respeitante(s).

Quanto às Conclusões, aproveita-se para esclarecer o método adoptado. Visando um maior rigor, pragmatismo e objectividade, irá operar-se a tripartição das Conclusões em consonância com as três Partes que compõem o corpo desta dissertação. Deste modo, e relativamente a cada uma destas Partes, irão ser retiradas as devidas conclusões, apresentadas sob ordem numérica, de forma simplificada e, como tal, apta a facilitar a leitura e apreensão do conteúdo respectivo.

Finalmente, cumpre tecer algumas considerações a respeito das principais dificuldades sentidas e dos obstáculos encontrados ao longo da nossa investigação e redacção. Em lugar cimeiro colocamos a vastíssima bibliografia existente sobre o tema mais amplo da responsabilidade criminal de pessoas colectivas. E por *vastíssima* não pretendemos significar exaustiva ou exacerbada, em tom crítico, mas apenas evidenciar a grande dificuldade que presidiu ao momento da sua escolha. Como se pode deduzir com relativa facilidade, o que veio de dizer-se é igualmente extensível à temática das finalidades da pena, nem que seja por consubstanciar uma das problemáticas mais antigas de que os estudiosos do Direito Penal se ocupam. O mesmo já não se pode dizer do tema específico das sanções penais aplicáveis a entes colectivos, o que fez com que se tornasse mais óbvio, para nós, a menor atenção dispensada ao tema por parte da doutrina, mas sobretudo - e algo que verdadeiramente nos surpreendeu - a prática inexistência de jurisprudência nacional sobre a matéria das sanções aplicáveis a pessoas colectivas. Em síntese, evidenciar a impossibilidade prática de dominar a bibliografia e a doutrina existente sobre a matéria, agravada pela circunstância de, infelizmente, não dominarmos o idioma alemão. Para encerrar, a nossa percepção acerca da importância que revestem determinadas pré-

-compreensões⁴ quanto ao conceito de culpa penal, acção penalmente relevante, sujeito de Direito Penal, natureza dos entes colectivos, função do Direito Penal e, por último, estrutura/tipo das normas penais. Em ordem a firmar uma posição segura e fundada sobre toda esta matéria é fulcral dominar toda uma série de conceitos e elementos dogmáticos do direito penal. A isto, juntamos ainda o facto de ter sido necessário percorrer todo o caminho da responsabilidade criminal das pessoas colectivas para se chegar ao fim, fim este que é, nada mais, nada menos, que a meta por nós intentada e que se reconduz ao momento da aplicação das reacções penais e à depuração da natureza que estas revestem. Eis, pois, a grande dificuldade que identificamos aquando da realização da presente dissertação. Aliada, claro está, ao *tempo*, que parece nunca ser suficiente.

⁴ - Devidamente anotadas por BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, p. 704.

∞ PARTE I ∞

DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS

Vivemos hoje numa «Aldeia Global»⁵, fruto do fenómeno da globalização e assinalada pela revolução tecnológica na área comunicacional e pela existência de um mercado mundial que não conhece fronteiras. Não obstante, desde cedo se fizeram sentir os riscos associados a esta nova realidade e desde cedo se geraram exigências quanto a uma resposta adequada por parte do Estado que a todos assegurasse o mínimo de bem-estar e segurança, exigências a que o Direito Penal não se poderia furtar enquanto ramo do Direito que cuida da relação Estado-Sociedade de forma tão intensa e simultaneamente coactiva protegendo os direitos e valores que a esta são essenciais. Eis que foi quando se deu, então, o apogeu do direito penal económico, que veio estabelecer novas categorias e estratégias de intervenção e que pôs em relevo questões que rapidamente vieram a assumir uma importância capital: a protecção de bens jurídicos supra-individuais e a responsabilidade penal de pessoas colectivas ⁶. Subsequentemente, nasceram fervorosos debates acerca do futuro e da sustentabilidade do Direito Penal Clássico, destacando-se duas linhas doutrinárias antagónicas.

A primeira, advogada pela Escola de Frankfurt, postula uma visão *conservadora* do direito penal e apela à cristalização e à purificação deste enquanto direito penal clássico, de protecção de bens jurídicos individuais, marcadamente éticos e cujo nível de intervenção admitido para a defesa de bens

⁵ - Expressão de FRANCO, Alberto Silva – “Globalização e criminalidade dos poderosos”, 2000, p. 186, artigo em que o Autor expõe variados efeitos decorrentes do fenómeno da globalização e o seu impacto na ordem nacional dos vários Estados, realçando que o poder político surge minimizado face ao poderio económico. Assim, “[a] mundialização é, portanto, a pilhagem planetária. Os grandes grupos saqueiam o meio ambiente com meios desregrados; tiram proveito das riquezas da natureza, as quais são bens comuns da humanidade (...). Isto é acompanhado igualmente por uma criminalidade financeira ligada aos negócios e grandes bancos (...)”, a que se faz acrescentar o gravíssimo problema do terrorismo. São plúrimas as novas formas de criminalidade, os agentes criminosos são especializados e organizados e tudo isto é perigosamente agravado pelo facto de se tratar de uma criminalidade desvinculada do tempo e do espaço geográfico circunscrito dos Estados. V. FRANCO, Alberto Silva – “Globalização e criminalidade dos poderosos”, 2000, pp. 199 e ss.

⁶ - Assim, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 55 e ss.

jurídicos tangíveis se mantivesse *mínimo* e limitado à responsabilização penal de pessoas singulares. Temia-se que a abertura do direito penal clássico à contenção dos novos riscos presentes na sociedade actual resultasse em uma «funcionalização» e «desformalização» do direito penal⁷, que levaria à sua descaracterização, por não ser, em definitivo, o ramo de direito mais adequado a tais desígnios. Não se coloca entraves somente à questão de «merecimento» de tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais, mas também à questão da «necessidade» de tutela penal, por se considerar *não* estar demonstrado que o recurso a outros meios sancionatórios seria insuficiente, suscitando-se dúvidas acerca da eficácia preventiva e retributiva do Direito Penal para semelhantes desígnios⁸. Contestando a eventual utilização do direito penal como instrumento político ou como *prima ratio* na luta contra os novos riscos, GONÇALO DE MELO BANDEIRA⁹ afirma que uma «explosão do direito penal onipotente e onnipresente» trará apenas a «ilusão de correcção da desorganização social imediata», pelo que, ao enveredar-se por tal caminho, iria cair-se num «direito penal demagógico». Neste âmbito, encontra arrimo o Direito de Intervenção («Interventionsrecht») de WINFRIED HASSEMER que sugere a criação de um direito situado entre o direito penal e o direito sancionatório administrativo, que fosse dotado de garantias menos rigorosas e de sanções menos punitivas, cuja principal forma delitiva seria a de infracção de perigo abstracto¹⁰.

Em contraposição despontou uma corrente doutrinária que defende a funcionalização e a mutabilidade do direito penal em face das circunstâncias sociais e mundanas, porquanto as ameaças que enfrentamos no presente não são

⁷ - Vide FERNANDES, Paulo Silva - *Globalização, "Sociedade de Risco" e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, 2001, pp. 71 e ss. Diz o autor que, efectivamente, se pode perder de vista o referente matricial do direito penal e das suas incriminações mediante o recurso a sanções próprias do direito administrativo e contra-ordenacional, acrescentando que, as mais das vezes, o direito penal funcionaria como um instrumento nas mãos de opções político-criminais unicamente preventivas, o que afectaria não só a natureza do direito penal, como a sua eficácia. Também JOÃO CASTRO E SOUSA alertava para esta realidade que conduziria a uma «inflação incriminatória galopante», prevendo a colocação de princípios do direito criminal em conexão com comportamentos para os quais ele não estava construído e nem sequer era adequado. V. SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 137.

⁸ - DIAS, Augusto Silva - *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, 2008, p. 96.

⁹ - BANDEIRA, Gonçalo de Melo - *«Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes colectivos. À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, pp. 36 e 37.

¹⁰ - Referenciado por FRANCO, Alberto Silva - "Globalização e criminalidade dos poderosos", 2000, pp. 220 e 221.

já as ameaças de outrora, não podendo o direito penal eximir-se à proteção condigna das gerações futuras, confinando-se aos bens jurídicos e à dogmática do direito penal clássico. AUGUSTO SILVA DIAS é peremptório a este respeito. O Professor afirma que estaríamos perante a violação do princípio da *ultima ratio*, colocando-o de «pernas para o ar», se aceitássemos punir mais severamente condutas que atingem um sujeito determinado e, ao invés, remetêssemos para domínios não penais condutas de maior gravidade e que afectam a vida no planeta, a integridade física de uma multiplicidade de pessoas e a solidariedade entre elas¹¹. Situado no limbo entre a preservação do direito penal *qua tale* e a sua inevitável adaptação à evolução humana, está o segmento doutrinário encabeçado por JESÚS SILVA SANCHÉZ de um direito penal «a duas velocidades», ou seja, a elaboração de uma dogmática jurídico-penal dual, cuja periferia se ocuparia do âmbito especificamente dirigido à protecção contra os grandes e novos riscos, ao qual competiria proceder à flexibilização de regras de imputação, munindo-o de sanções de natureza mais próxima da administrativa embora mantendo a sua judicialização e pertença ao direito penal *lato sensu*¹². Quanto aos princípios estruturantes do direito penal (como o da legalidade ou o da culpa) operaria um seu amortecimento ou transformação de modo a revesti-los de «menor intensidade garantística»¹³ para dar resposta à protecção *antecipada* de interesses e valores colectivos relativamente indeterminados – *i.e.* sem espaço, sem tempo ou sem vítimas concretas e delimitadas. Todavia, outros Autores há que não levantam óbices a esta flexibilização do direito penal e que defendem que não se deveria tentar travar algo que, na verdade, já se antevia e que deve ser aceite com relativa normalidade: a expansão do direito penal aos

¹¹ - Citado por FERNANDES, Paulo Silva - *Globalização, "Sociedade de Risco" e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, 2001, pp. 75 e 76.

¹² - Seguimos TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 59; e FRANCO, Alberto Silva - "Globalização e criminalidade dos poderosos", 2000, pp. 220 e ss. No entanto, ALBERTO SILVA FRANCO não se mostra receptivo à concepção de um direito penal dualista por considerar que ele *descambará* na separação de dois modelos no seio do direito penal, não em virtude dos concretos factos a atender ou das suas consequências, mas sim, em função dos agentes, pelo que as penas mais gravosas (como a pena privativa da liberdade) ficariam reservadas para os "mais fracos". Este argumento também é utilizado pelo Autor como crítica no âmbito das temáticas da admissibilidade de responsabilidade penal de entes colectivos e dos agentes da criminalidade de colarinho branco, que integram a periferia deste *novo* direito penal.

¹³ - Expressão de DIAS, Jorge de Figueiredo - "O Direito Penal na 'Sociedade do risco'", 2001, p. 171.

novos riscos contra bens jurídicos e o seu regular acompanhamento face à evolução social. Assim, FERNANDO TORRÃO ou JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹⁴ vêem na posição firmada pela Escola de Frankfurt a persistência numa antinomia que se traduz na aplicação de sanções menos graves e de menor eficácia preventiva - porque incapazes de privar os sujeitos da sua liberdade - às condutas que requerem um maior rigor na aplicação de penas em nome do maior potencial de risco que apresentam para bens jurídicos fundamentais à humanidade.

Certo é que o paradigma sobre o qual o direito penal clássico foi construído não fornece os meios nem as respostas *adequadas* aos problemas da actualidade. Nos dias de hoje, são cada vez menos frequentes os grandes atentados a bens jurídicos fundamentais cometidos sob a forma *dolosa*, que, aliás, deixará de ser a forma paradigmática de imputação subjectiva face à nova criminalidade, significando isto que, a contenção dos novos riscos passará por exigir a previsão normativa de delitos cometidos por omissão ou com negligência. Haverá, portanto, que recorrer a um direito penal vocacionado à eficácia e à prevenção¹⁵. As transformações que se fazem sentir trarão implicações para a definição do conceito de bem jurídico, viabilizando uma sua natureza não estática e receptiva às alterações sociais e aos progressos do conhecimento científico. CLAUS ROXIN¹⁶ avança com uma definição de bem jurídico *renovada*, fixando o seu sentido já nem tanto pela matriz da *essencialidade* dos interesses e valores em causa, mas também da sua *utilidade*, isto é, das circunstâncias ou finalidades que se mostrem úteis ao indivíduo ou necessárias ao seu «livre desenvolvimento no contexto de um sistema social global», como bens jurídicos *ainda* pertencentes à pessoa e à protecção dos seus interesses, já não enquanto ser individual, mas enquanto «indistinto ser social»¹⁷.

¹⁴ - Vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 59.

¹⁵ - Neste sentido, DIAS, Jorge Figueiredo - "O Direito Penal na 'Sociedade do risco' ", 2001, p. 161.

¹⁶ - Referenciado por FERNANDES, Paulo Silva - *Globalização, "Sociedade de Risco" e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, 2001, p. 82.

¹⁷ - Expressão de AUGUSTO SILVA DIAS *apud* FERNANDES, Paulo Silva - *Globalização, "Sociedade de Risco" e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, 2001, pp. 85 e ss. Em sentido crítico, vide BANDEIRA, Gonçalo de Melo - «Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes colectivos. À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial, 2004, pp. 40-42, que repudia concepções alegadamente moderadas de uma (nova) função do Direito Penal como de tutela e «prevenção de riscos futuros». Embora o Autor não

Assim, conquista cada vez mais apoio doutrinário e legal a ideia de que o direito penal *lato sensu* deve procurar corresponder às exigências que o presente lhe coloca, requerendo-se que a noção de bem jurídico *ultrapasse* o cariz marcadamente antropocêntrico que sempre o determinou, para vir a revestir uma natureza interpessoal e supra-individual¹⁸. Há, efectivamente, bens jurídicos colectivos cuja criminalização é legítima e necessária, quer do prisma de prevenção geral negativa, quer do de prevenção geral positiva – e isto, independentemente do agente infractor. Daí que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS afirme, com razão, que o exposto vale “(...) *não só para a pessoa individual, mas também, e de modo muito particular, para a actuação dos entes colectivos*”¹⁹, não fossem estes, afinal, os principais agentes promotores dos grandes riscos e atentados a bens jurídicos supra-individuais.

Ora, foi precisamente desta reivindicada adaptação da dogmática penal e do surto de interrogações acerca do papel futuro do direito penal que a problemática da responsabilização criminal de pessoas colectivas emergiu. Passemos, então, a uma análise sumária dos termos em que a discussão em torno da admissibilidade da responsabilidade penal de pessoas colectivas se processou, para, de seguida, dar conta do “estado da arte” implementado pelo legislador no ordenamento jurídico português.

afaste a existência de bens jurídicos colectivos ou «transpessoais» reitera o seu melhor enquadramento no Direito Penal administrativo, enquanto ramo que permite «focalizar a importância da autonomia relativa de tais bens jurídicos transpessoais».

¹⁸ - Seguimos a exposição de CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de – “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, p. 58.

¹⁹ - *Apud* BANDEIRA, Gonçalo de Melo - «Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes colectivos. *À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, p. 51.

CAPÍTULO I – SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST?

Foi com o advento do Iluminismo e com o triunfo de novas concepções relativas ao modelo de organização do Estado, intimamente associadas à revalorização do papel do Homem no tecido social e na comunidade política, que se passou a rejeitar a capacidade delitiva às pessoas colectivas. Recusava-se-lhes a capacidade de acção e a existência de um verdadeiro centro de imputação de culpa²⁰. Durante um longo período de tempo vingou o pensamento de que o juízo de censurabilidade ético-social que preside ao direito penal era um exclusivo de pessoas humanas, acompanhado da certeza de que nenhuma das finalidades commumente visadas com a aplicação de penas seriam alcançadas em relação a entes colectivos.

Seria, antes de mais, o basilar *princípio da especialidade* a determinar que as pessoas colectivas ao serem constituídas ficariam, *ab initio*, restringidas no exercício da sua actividade à prossecução de um determinado fim/objecto social, sendo-lhes reconhecidos apenas os direitos e deveres «necessários» ou «convenientes» ao seu normal desenvolvimento²¹. Ora, dizia-se, sabendo que por imposição legal o objecto social da pessoa colectiva teria de ser lícito, ficando delimitado o seu âmbito de actuação, desde logo se encontrava excluída a possibilidade de estas delinquirem²². Arrimados na teoria da ficção de SAVIGNY, os opositores à consagração da responsabilidade penal de pessoas colectivas

²⁰ - V. CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de - *Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas*, 2009, pp. 46 e ss.

²¹ - Assim o define o artigo 160.º do CC.

²² - Vide CARVALHO, António Crespo Simões de - *A responsabilidade penal das pessoas colectivas*, Ano 5.º, n.º54, Junho de 1938, precursor da admissibilidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, a páginas 82, defendia que “[o] chamado princípio da especialidade não influencia em nada a capacidade delitual. (...) Portanto o fim para que a pessoa moral foi constituída nada tem que ver com a sua responsabilidade penal.” Refira-se, contudo, que o princípio da especialidade não é desconsiderado, sem mais, pela doutrina. Deste modo, FERNANDO TORRÃO, partilhando da orientação perfilhada por PAULO DE SOUSA MENDES, denota as implicações que a actividade e o que objecto social de uma pessoa colectiva devem ter para a sua responsabilização criminal funcionando como um factor delimitador do nexo de causalidade a existir entre o ilícito cometido e a actividade por ela desenvolvida - cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 130 e 131. Aliás, PAULO DE SOUSA MENDES chega a expressar que a responsabilização das pessoas colectivas e, em especial, das sociedades comerciais só faça sentido «nos planos do direito penal secundário ou mesmo do próprio direito de mera ordenação social» - v. MENDES, Paulo de Sousa - “Responsabilidade criminal das sociedades comerciais”, 1993, p. 155.

relembravam que estas não passavam de «pura ficção», de uma mera criação jurídica e centralizavam no ser humano a origem da vontade de agir das pessoas colectivas, não sendo esta vontade nem esta acção a imputar à pessoa colectiva mais do que a *soma* de todas as actuações e vontades das pessoas singulares que a compunham, pelo que as pessoas colectivas não ostentavam sequer uma capacidade de querer ou uma vontade livre e autónoma, estando afastada a sua consideração como entes autoconscientes e capazes de agir enquanto seres livres²³. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ensina que “ [o] *Direito dirige-se, naturalmente, a seres humanos*” e que “*apenas o ser humano está em condições de sentir um comando exterior abstracto dirigido à sua conduta e de, perante ele, optar ou não pelo acatamento*” pelo que “*todos os direitos são-no, em última análise, das pessoas, assim como apenas estas são visadas, em última instância, pelas sanções.*”²⁴ Consequentemente, admitir a responsabilização criminal de pessoas colectivas redundaria na violação do princípio da responsabilidade penal *pessoal* ou por facto próprio, na medida em que o ente colectivo responderia por um ilícito-típico alheio²⁵, afinal, só as pessoas físicas seriam capazes de uma acção penalmente relevante que depende da verificação de «elementos psíquico-anímicos»²⁶ inatos ao ser humano e que demonstram, claramente, a insusceptibilidade de delinquir por parte de pessoas colectivas.

A não ser assim, a aplicação de uma sanção penal ao ente colectivo representaria uma intolerável *dupla punição* dos agentes físicos envolvidos, pelo que deveria resultar na exclusão da punição do agente físico quando em

²³ - Vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 44. Curiosamente, o Autor enaltece a «teoria da pura ficção» por considerar que ela permite a manutenção de alguma «lucidez» na consideração das pessoas colectivas como «meras construções do ser humano individual», como realidades técnicas, jurídicas e até sociais, mas *nunca* ontológicas, arguindo que as visões absolutamente organicistas “...por muito fundamentadas e logicamente construídas que apareçam, não deixam de configurar, elas próprias, um carácter artificial, empiricamente indemonstrável.” – assim, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 128 e ss.

²⁴ - CORDEIRO, António Menezes - *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, 2000, p. 9.

²⁵ - Veja-se que há Autores que não se dão por convencidos quanto à não violação do princípio da responsabilização penal por facto próprio – vide SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo – “Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas”, 1999, p. 25, onde se pode ler: “... no se ha logrado todavía, en mi opinión, superar el inconveniente de que la culpabilidad de las personas jurídicas es siempre culpabilidad por el hecho o la decisión de otro.”

²⁶ - Palavras de TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 313.

simultâneo com a do ente colectivo - caso contrário, de uma única e só acção decorreriam duas condenações de sujeitos distintos, embora implicando para as pessoas físicas envolvidas a repercussão a dobrar de medidas criminais: a da pena em que fosse *pessoalmente* condenado e os efeitos da pena em que a pessoa colectiva fosse condenada – o que viola, inevitavelmente, o princípio constitucional *ne bis in idem* constante do artigo 29.º, n.º5 da CRP²⁷. A esta constatação junta-se outra. É lugar-comum a crítica respeitante aos efeitos nefastos das penas aplicadas a pessoas colectivas sobre *terceiros*, muitas vezes inocentes quanto à execução e consumação do crime, podendo tratar-se de sócios ou accionistas²⁸, trabalhadores, clientes ou até outras empresas que com aquelas negociavam, e que *nenhum* poder decisório ou capacidade de influência exercem sobre o ente que prevaricou, o que atenta contra princípios básicos de justiça como o princípio da intransmissibilidade da pena e da culpa²⁹. A este

²⁷ - Argumentação explorada por SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, pp. 121 e 122, chamando a atenção para o facto de Autores conceituados como ENGISCH ou JESCHECK expressarem uma acentuada preocupação quanto aos efeitos da condenação penal do ente colectivo sobre os agentes físicos igualmente responsáveis. Também para AUGUSTO SILVA DIAS se torna fundamental manter presente que “(...) *por detrás da ideia da atribuição da responsabilidade criminal às pessoas colectivas está a intenção de fazer face a situações escandalosas de impunidade e não a de criar situações de dupla punição*”, ocorrendo muitas vezes a violação do princípio *ne bis in idem* “*não na modalidade da dupla punição da mesma pessoa pela prática do mesmo facto, mas na da dupla punição indevida do mesmo facto.*” – v. DIAS, Augusto Silva – “Crimes e contra-ordenações fiscais”, 1999, p. 450.

²⁸ - Seja porque vencidos numa deliberação maioritária, seja porque nenhum conhecimento obtiveram da prática (ou omissão) do facto criminoso, por se encontrarem ausentes ou ainda por só posteriormente integrarem a pessoa colectiva. Certo sobre o assunto, v. MENDES, Paulo de Sousa – “Responsabilidade criminal das sociedades comerciais”, 1993, p. 166, que exemplifica o que se veio de dizer com o caso das sociedades anónimas. Pode bem suceder que os sócios não tenham um real controlo ou mesmo conhecimento dos actos que são praticados pela Administração da sociedade, sendo visível neste tipo societário o «afastamento dos sócios, ao menos de alguns relativamente aos actos de gestão/administração e representação» pelo que a punição do ente colectivo pode revelar-se um verdadeiro castigo para accionistas inocentes. Não obstante, tais efeitos serão aceites por conta da ideia de risco que subjaz à aquisição da condição de sócio, acentuada pelo facto de tal aquisição ser *voluntária*. Acrescente-se que também se poderia argumentar que a condenação no pagamento de uma indemnização civil ou de uma coima se repercutiria, igualmente, nestes inocentes (embora com a peculiaridade capital de não se violar o princípio da intransmissibilidade de penas vigente no direito penal constitucional). Contudo, os efeitos sobre os membros que integram a pessoa colectiva são justificáveis em nome da segurança e manutenção da ordem jurídica, havendo um fundamento *a priori* que legitima e explica a relação jurídica existente entre todos eles e que parte da sua *vontade* – o que não sucede, por exemplo, com as implicações de uma pena sobre familiares do agente condenado. *Ubi commodum ibi incommodum...*

²⁹ - Refira-se, a este propósito, a antiguidade da preocupação de salvaguarda de membros inocentes das consequências oriundas de sanções aplicadas às pessoas colectivas, enfatizada por BÁRTOLO, havendo-se criado para o efeito disposições especiais para aqueles membros que se encontrassem ausentes ou que houvessem contrariado a decisão que levou à prática do delito –

propósito, é costume argumentar-se em sentido favorável à responsabilização penal de entes colectivos por comparação com a condenação de uma pessoa singular, que vê toda a sua família e e outros sujeitos próximos saírem afectados colateralmente com a sua punição, não se inviabilizando por este motivo a condenação de pessoas singulares³⁰.

Seguia-se a tão propugnada incapacidade de culpa dos entes colectivos, tema sobre o qual os teóricos mais se debruçam e razão pela qual se justifica uma análise mais detalhada em lugar próprio³¹. GÜNTHER JAKOBS mostrava-se reservado quanto à viabilidade da responsabilização penal de entes colectivos, declarando que, ao ser legalmente admitida ela não poderia coadunar-se com a aplicação de penas aos órgãos que actuassem em concreto³². Alguém só é culpado quando se lhe puder imputar a falta de motivação jurídica perante a capacidade de se determinar de acordo com o direito³³, sendo que, apesar de aceitar que uma empresa possa constituir uma identidade própria e perceptível

- vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 37. Este é um dos argumentos mais recorrentes em sede de responsabilidade criminal de pessoas colectivas – cfr. SOUSA, João Castro e – *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 118. Não obstante e invertendo este raciocínio, GERMANO MARQUES DA SILVA argumenta com o facto de que deixar de responsabilizar a pessoa colectiva quando ela é a beneficiária do crime e em cujo nome este foi praticado, para se punir apenas a pessoa que actuou funcionalmente, é que consubstanciaria um caso de a pena “...extrapolar a pessoa do delinquente, e representaria, pelo menos, um privilégio inadmissível.” - cfr. SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, p. 150. Não deixamos de tecer o seguinte comentário: tal situação representaria um privilégio injusto e ilegítimo, porque incompleto; não por se entender que se estaria a extrapolar a pessoa do delinquente - pois sempre que o agente individual tenha pleno conhecimento da sua conduta e natureza ilícita desta, nunca se poderá defender que a pena que eventualmente lhe seja aplicada o não deveria ser.

³⁰ - Ainda assim deixamos nota sobre a opinião de JOHN HASNAS. Vem o Autor lembrar que no caso de responsabilidade penal individual a punição é total e exclusivamente dirigida ao delinquente, sem demais finalidades subentendidas, sendo que o atingir-se terceiros é um malefício com o qual não se concorda. “Such harm is always viewed with regret as an unfortunate collateral effect of visiting punishment on the blameworthy that should be minimized as much as possible. In the case of corporate criminal liability, however, punishment is intentionally directed towards those who have not committed an offense (...)” – cfr. HASNAS, John – “The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, 2009, p. 1341.

³¹ - *Infra*, CAPÍTULO III, pp. 65 e ss.

³² - Referenciado por TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 132 (nota de rodapé 23).

³³ - Note-se que para GÜNTHER JAKOBS a culpa não deveria ser encarada como uma questão de reprovabilidade mas antes como de imputabilidade, sendo o conceito tradicional de culpa substituído por um *conceito social de culpa* derivada de fundamentos político-criminais – assim o refere BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 124.

através dos seus estatutos³⁴, ainda assim, JAKOBS assevera que a construção de uma culpa *própria* da pessoa jurídica não se afigura como uma verdadeira culpabilidade, na medida em que às pessoas jurídicas faltaria sempre a impreterível *autoconsciência*³⁵. Para outros, a culpa é entendida como um juízo de censura ético-social, com fundamento na liberdade do homem, assente em uma vontade consciente e livre que é própria das pessoas singulares. Efectivamente, o princípio da culpa pressupõe a verificação de um elemento subjectivo que fundamente a punibilidade do agente pelo facto que cometeu, representando a base de avaliação e escolha da pena a aplicar e da sua medida, o que levou a que se arguisse que a punição de pessoas colectivas redundaria na aceitação, em pleno coração do direito penal, de uma responsabilidade objectiva ou por facto e culpa de outrem, fragmentando-o na sua essência. A construção de uma *consciência colectiva* não se afigurava minimamente exequível, afinal, a afirmação «no soul to be damned and no body to be kicked»³⁶ ilustra na perfeição a complexidade do problema decorrente da natureza fictícia destes entes. O cepticismo quanto à existência de sanções marcadamente penais e eficazes era por demais evidente, com a inaplicabilidade da pena de prisão a entes colectivos a representar um considerável entrave aos olhos de muitos, o que justificaria, por si só, recorrer ao direito civil ou ao direito administrativo, assegurando-se, assim, os efeitos pretendidos. Ao mesmo tempo, apontava-se a inoperância das finalidades atribuídas às sanções penais quando aplicadas às pessoas colectivas - com particular ênfase quanto à finalidade retributiva.

Enfim, a responsabilização criminal de pessoas colectivas comportaria limitações à liberdade de empreendimento e de empresa que se mostrariam contrárias ao ordenamento jurídico nacional e comunitário e aos princípios da concorrência, sendo desnecessária de um ponto de vista político-criminal uma vez que grande parte da criminalidade que se alberga e serve de pessoas

³⁴ - Mencionado por DIÉZ, Carlos Gómez-Jara - "Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2006, p. 05:16.

³⁵ - Cfr. DIÉZ, Carlos Gómez-Jara - "Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", 2010, p. 458.

³⁶ - Famigerada afirmação proferida por Edward, primeiro Barão Thurlow em matéria de punibilidade de entes colectivos - *apud* BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 70.

colectivas já se encontraria sob a alçada do direito penal por via do disposto no artigo 12.º do CP³⁷.

Recorrendo a uma síntese apresentada por FERNANDO TORRÃO que tão bem interliga e expressa o pensamento dominante da época de ouro do brocardo *societas delinquere non potest*, afigura-se «insofismável» para o Autor que a origem do princípio da individualidade da responsabilidade penal assenta em raízes marcadamente liberais, impulsionadas no período iluminista, sendo que “[n]este particular, não poderá deixar de se destacar a filosófica concepção humanista e individualista do pensamento puro de Kant, a influência jurídica romanista de Savigny e, no campo mais específico do direito penal (da política criminal), a minimalista percepção dos crimes e das penas de Beccaria e Feuerbach, ao que não será alheia, ainda, a compreensão naturalista positivista que então germinava e que viria a dar corpo à concepção clássica da teoria da infracção penal (agora, o campo da dogmática), assente numa visão ontológica da acção e, portanto, numa acepção concretizada na ideia de que as pessoas colectivas não agiam por elas próprias, mas sempre e só através das pessoas físicas.”³⁸ Não obstante, a supremacia do princípio da responsabilidade penal individual tinha os seus dias contados³⁹.

³⁷ - Este argumento é um tanto ou quanto falacioso, pois que, em última instância, o artigo 12.º do CP não se destina a regulamentar a responsabilização penal de entes colectivos mas, somente, a fazer estender certas qualidades ou circunstâncias associadas ao *intraneus*, pessoa colectiva (porque exigidas pelo ilícito-típico), ao *extraneus*, agente singular, possibilitando a responsabilização dos agentes singulares nestes casos específicos. Sobre esta matéria, divergindo embora em aspectos fundamentais, v. MATTA, Paulo Saragoça da – *O artigo 12º do Código Penal e a responsabilidade dos “Quadros” das “Instituições”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 e BRITO, Teresa Quintela de – *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Maria Fernanda Palma, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 39-138.

³⁸ - TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 49.

³⁹ - O que não significa, necessariamente, que tenha terminado a oposição a tal responsabilização penal. A título de exemplo, ALEX VAN WEEZEL nega qualquer tipo de “temor” face ao que se afigura novo. Para o Autor a questão é a de que “[...] *lo nuevo, examinado con algo de detención, resulta ser viejo: responsabilidad objetiva, prevención de intimidación, derecho penal como herramienta de ingeniería social*” levando à banalização da reprovação que é própria do direito penal. Cfr. WEEZEL, Alex van – “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2010, p. 135.

CAPÍTULO II – SOCIETAS DELINQUERE... POTEST.

Com o aparecimento dos processos de industrialização durante o século XIX em Inglaterra e nos Estados Unidos da América e perante projectos de larga-escala como os caminhos-de-ferro, a produção em massa e o nascimento e difusão de sociedades anónimas que requeriam avultados investimentos de capital, a realidade de outrora como que se *inverteu*⁴⁰. Correspondentemente, os entes colectivos partem do desenvolvimento de actividades que mobilizam múltiplos indivíduos e complexos de bens e meios materiais ao serviço de um fim, para satisfazer necessidades comuns a uma generalidade de pessoas. Elas apresentam-se como um *instrumento* para a concretização de objectivos e para a realização de interesses humanos⁴¹, motivo pelo qual se tornou fundamental a atribuição, por lei, de personalidade jurídica a estes entes, outorgando individualidade a um substracto que passaria a ser visto como *real* - embora completamente diverso do de uma pessoa humana. Este passo essencial deveu-se, em grande medida, à reacção provocada pela teoria orgânica de OTTO VON GIERKE, que conquistou particular força no período final do século XIX e inícios do século XX, e cuja pedra de toque consistiu na deslocação da significação de personalidade da vertente ética para a vertente de domínio social⁴².

Temos, então, o reconhecimento de que as pessoas colectivas são sujeitos de direitos e deveres; o reconhecimento de que são entes passíveis de autodeterminação e fonte de uma *vontade* que lhes é juridicamente imputada. Isto significa a consideração das pessoas colectivas como verdadeiros «centros de imputação» de normas jurídicas - como vinha afirmando JOSÉ DE FARIA COSTA⁴³. O que servirá para fundamentar o *reverso da moeda*: a constatação de

⁴⁰ - Breve contextualização presente em TIEDEMANN, Klaus – “Corporate Criminal Liability as a third track”, 2014, p. 12.

⁴¹ - V. BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 48 e ss.

⁴² - Vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 51, onde se realça um aspecto fulcral à aceitação deste *realismo* das pessoas colectivas: o de que a lei não finge que os entes colectivos são seres humanos, não lhes atribuindo uma vontade psicológica, sendo apenas por via normativa que irá operar a imputabilidade de entes colectivos.

⁴³ - Em artigo frequentemente citado, o ilustre Autor explicita que a pessoa jurídica, ao adquirir determinada forma legal e se bem construída, aparece «no mundo da normatividade jurídica» e,

que também as pessoas colectivas *podem e devem* ser responsabilizadas pelas consequências jurídicas que provoquem - afinal, somos diariamente assomados pela percepção de que uma actividade que é colectivamente desenvolvida é tanto mais temível quanto maior for o risco *implícito* de ser mais poderosa e anónima. Há que colocar estas realidades em perspectiva: se se reconhecem interesses a uma *unidade* em sentido jurídico e se se admitem actuações funcionais para os alcançar, mal andaríamos se esta *unidade* não pudesse ser objecto de responsabilização ou alvo de imposições sancionatórias por factos desencadeados pela sua organização. E tanto assim é que essa responsabilização operou durante vários séculos no âmbito de diversas áreas do Direito, como a do Administrativo e a do Civil. Daí que se pergunte: não haverá chegado o momento de integrá-la, outrossim, na área do Direito Criminal?

Esta questão reveste-se de nuances consideravelmente distintas, não só por se procurar saber se a estas *unidades* em sentido jurídico se deverá reconhecer uma criminalidade específica, isto é, um elenco de delitos *sui generis* que só *por* elas (ou *através* delas) possam ser praticados⁴⁴, mas acima de tudo, por ser fundamental apurar *se e em que termos* é que as pessoas colectivas podem relevar enquanto agentes de factos criminosos. AUGUSTO SILVA DIAS⁴⁵, a respeito da responsabilidade de pessoas colectivas, alertou para a circunstância de passar a haver, no ordenamento jurídico global, dois conceitos relevantes de *pessoa*; assim, o conceito de «pessoa como sujeito de Direito, titular de direitos e deveres (capacidade jurídica)» a que se ajusta uma ideia de acção como «acto de imputação normativa de efeitos jurídicos», plenamente aplicável a pessoas colectivas; e o de «pessoa como sujeito moral». Como tal, a noção de acção penalmente relevante consiste numa actuação dominada pela vontade de um determinado sujeito moral com autonomia ética, o que é dizer, uma noção de acção *naturalmente* reservada a pessoas individuais. Tal como ensina JOSÉ DE

como tal, passa a constituir um «centro autónomo de imputação jurídica», já nada tendo que ver com uma concepção algo primitiva de mera unidade organizatória de tonalidade económica – cfr. COSTA, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)”, 1998, p. 506.

⁴⁴ - Por exemplo, no entendimento de JORGE DOS REIS BRAVO não existem delitos «próprios» ou «específicos» das pessoas colectivas – vide BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 64. Efectivamente, o que se pode reconhecer é a propensão delituosa para determinadas áreas do direito penal, mormente, para áreas do direito penal secundário.

⁴⁵ - DIAS, Augusto Silva – “Crimes e Contra-ordenações fiscais”, 1999, p. 248.

FARIA COSTA, em alusão à relação de *alteridade* existente entre pessoas colectivas e pessoas físicas, o acento tónico deverá ser colocado nas actuações de pessoas físicas, uma vez que serão estas a consubstanciar as acções da pessoa colectiva e a ser imputadas como acções *próprias desta*⁴⁶, numa linha de raciocínio algo coincidente com a construção analógica da capacidade de acção e de culpa das pessoas colectivas perfilhada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁴⁷. Para este Professor não se mostra «impensável» destinar o juízo de censura em que a culpa se traduz, por perspectivar as «organizações humano-sociais» como «“obras da liberdade”» ou «“realizações do ser livre”», que podem substituir o ser humano como «centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, objectiva e subjectiva». Como se vê tudo parece confluir para a *reconformação* das noções jurídico-penais tradicionais de acção e de culpa, surgindo a este respeito diversas concepções e teorias dogmáticas, a grande maioria delas relacionadas com a complexa questão da culpa. Faça-se notar, contudo, que o voto maioritário da doutrina – em especial, da doutrina portuguesa – vai no sentido da consagração de uma heteroresponsabilidade das pessoas colectivas, por pressuporem *sempre* a actuação de um ou mais sujeitos individuais⁴⁸.

⁴⁶ - Vide COSTA, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)”, 1998, p. 556. Igualmente neste sentido, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 318, para quem, em ordem a reconhecer a capacidade de acção de pessoas colectivas, é inevitável atender ao substracto pessoal destas, seja no plano da formação da vontade da pessoa colectiva, seja no plano da projecção dessa mesma vontade para o exterior.

⁴⁷ - V. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2011, pp. 298 e 299. Embora FARIA COSTA o faça numa perspectiva comparativa de lugares inversos nos seguintes termos: tal como se cercea a imputabilidade penal de menores, aqui, no campo das pessoas colectivas, operaria o inverso mediante a expansão ou o «alargamento de um agir comunicacional penalmente relevante», explicando que “...se ali [imputabilidade de menores] se limita e afasta o juízo de censura penal por razões da mais diversa índole, aqui [imputabilidade penal de pessoas colectivas], inversamente, reconstrói-se a noção de culpa e faz-se da pessoa colectiva um verdadeiro centro de imputação.” - COSTA, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)”, 1998, p. 513. Mais recentemente, seguindo o pensamento analógico de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, SILVA, Germano Marques da – “Da responsabilidade individual à responsabilidade colectiva em Direito Penal Económico”, 2012, p. 522, onde se lê: “Há, pois, uma analogia entre a pessoa singular e a pessoa colectiva porque é manifesto que só por analogia se pode entender que a sociedade é capaz de acção, de vontade e de culpa para lhe imputar a prática de crimes sem desvios significativos da teoria do direito penal.”

⁴⁸ - Conhecido por ser um claro opositor deste modelo, KLAUS TIEDEMANN entende que as teorias da atribuição falham, tornando-se, questionáveis, por uma vez perante acções e culpa de agentes situados a meio ou na base da hierarquia empresarial ou quando se trata de uma responsabilidade criminal extensível a todo e qualquer ente colectivo – Cfr. TIEDEMANN, Klaus – “Corporate Criminal Liability as a third track”, 2014, p. 16.

Não obstante, uma coisa é conceder que entes colectivos possam relevar enquanto sujeitos de direito penal; outra, é fazê-lo em termos irrestritos. O direito penal deve dar guarida a *todos* os entes colectivos? Que contributo presta o instituto da personalidade jurídica e os ensinamentos do direito civil quanto a esta matéria? GERMANO MARQUES DA SILVA coloca sérias restrições à punição de entes carecidos de personalidade jurídica, mais concretamente, ao nível da aplicação de uma pena de multa e ulterior violação do princípio *ne bis in idem*⁴⁹. Na esteira de MÁRIO MEIRELES⁵⁰, reitera-se que não é a presença de duas pessoas com personalidades jurídicas distintas que vai assegurar o respeito pelo princípio *ne bis in idem*. O importante é atender à natureza da sanção fixada relativamente a cada uma delas, impondo-se a aplicação de penas «totalmente distintas» quanto à sua natureza, fazendo com que se repercutam de modo diferenciado em cada uma das esferas jurídicas. Para o Autor é fulcral insistir na *diversificação* das penas entre umas e outras. Contudo, julgamos ser necessário ir mais longe. Assim, ADÁN NIETO MARTÍN considera o princípio do *non bis in idem* como o limite constitucional mais importante a observar em matéria de responsabilidade penal de entes colectivos, vendo nas pequenas empresas – em que a direcção se encontra nas “mãos” dos principais accionistas que, como tal, acabam por ser responsabilizados – um evidente problema de dupla punição, não se podendo recorrer ao argumento formal de se estar perante duas personalidades distintas, o que leva o Autor a determinar que pessoas colectivas com menos de cinquenta (50) empregados não deveriam ser consideradas criminalmente responsáveis, por não possuírem um grau de complexidade organizativa suficiente. Continua o Autor apresentando duas vias para evitar a violação deste princípio constitucional: a primeira, de restrição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas às sociedades que atinjam um determinado tamanho, donde, então se poderá falar de uma verdadeira diferença

⁴⁹ - Como garantir que a aplicação de uma pena de multa a entes colectivos carecidos de personalidade jurídica não signifique punir cada uma das pessoas físicas que os compõem quando aqueles não dispõem de um património autónomo? Estas e outras questões por SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, p. 203 e também por BRAVO, Jorge dos Reis – “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal dos entes colectivos)”, 2003, p. 224 (nota de rodapé 23).

⁵⁰ - Cfr. MEIRELES, Mário Seixas – *Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação*, 2006, pp. 88 a 93, onde o Autor faz uma análise crítica ao teor do Acórdão do TC n.º212/95.

ou existência de pessoas, jurídica e substancialmente distintas; a segunda, dependeria já de determinação do juiz, que deveria modelar e adaptar os quantitativos das multas a atribuir a ambos os sujeitos⁵¹.

Facto é que existem estruturas organizativas em que o nível de autonomia e autodeterminação não é *real* (ou não é *suficiente*) devendo ser levantados óbices à admissão de uma sua responsabilização penal. Como GERHARD DANNECKER acertadamente defende, só entidades juridicamente autónomas e institucionalizadas é que podem *constituir* uma pessoa colectiva para efeitos de responsabilidade penal, na medida em que “(...) *un sistema debe ser unicamente destinatario de normas y sanciones cuando adopta una forma institucional.*”⁵² Quererá isto dizer que a personalidade jurídica é *conditio sine qua non* da responsabilização penal de entes colectivos? TERESA QUINTELA DE BRITO⁵³ é categórica: o direito civil e o direito penal lidam com os entes colectivos a partir de pontos de vista completamente distintos. Assim, o ordenamento jus-civilístico reporta-se às pessoas colectivas como entes autónomos que funcionam em modo colectivo – o que leva a um quase *desinteresse* pelo substrato humano que a compõe. O ponto de partida no direito civil é sempre a pessoa colectiva e os seus direitos e deveres juridicamente estabelecidos, motivo pelo qual se proveu à criação do instituto do *levantamento da personalidade colectiva* com a finalidade de corrigir a imputação originariamente feita à pessoa colectiva e por forma a detectar a realidade subjacente. Ora, em sentido diametralmente oposto, o

⁵¹ - Cfr. MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 7. Mas o Autor ainda vai mais longe. ADÁN NIETO MARTÍN avança na proposta de um modelo com quatro níveis diferentes de intervenção, em razão das especificidades das sociedades em causa. Para tal começa por esclarecer que não se deve imputar qualquer tipo de responsabilidade às pequenas empresas – definindo-as como as que integram até 50 trabalhadores. Num outro passo, reitera que ao serem aplicadas sanções a empresas instituídas para fins criminosos, elas revestiriam a natureza de verdadeiras *consecuencias accesorias* da responsabilidade individual (não se tratando, portanto, de uma responsabilidade *própria* delas). Por fim, os dois patamares em que operaria uma autêntica responsabilidade penal: o das empresas médias – cuja composição atinge os 250 trabalhadores – de capital concentrado, devendo realizar-se uma compensação entre a sanção penal das pessoas físicas e a da pessoa jurídica; e, por último, as empresas com mais de 250 trabalhadores, porquanto as derradeiras destinatárias da responsabilidade penal de entes colectivos – v. MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 13.

⁵² - Cfr. DANNECKER, Gerhard – “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2001, p. 50.

⁵³ - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 613 a 616.

direito penal parte sempre da realidade subjacente ao crime e à organização colectiva, na procura do indivíduo ou indivíduos que cometeram o ilícito, responsabilizando - sempre que possível - aquele que executou *materialmente* o crime. A dificuldade porventura residirá na responsabilização do ente colectivo o que patenteia um ponto de vista *inverso* ao do direito civil. TERESA QUINTELA DE BRITO explica que ao Direito Penal interessa a existência de uma *organização-instituição*, de um ente jurídico colectivo em que se tenha procedido à institucionalização dos fins e meios necessários à sua consecução, e nem tanto a personalização do ente - o que é ilustrado no código penal português pela extensão da responsabilidade penal a sociedades civis e a associações de facto, contando que os crimes sejam “...*moldados, cunhados e explicados pela estrutura da organização colectiva, pelo seu específico modo de funcionar e/ou pela sua filosofia de actuação jurídico-económica, revelando o “envolvimento” do ente na respectiva prática.*”⁵⁴ Ora, GOMÉZ-JARA DIÉZ⁵⁵ é um dos principais difusores da tese que postula a equivalência - no âmbito do direito penal - entre agentes imputáveis/inimputáveis e as pessoas colectivas, ou melhor, GÓMEZ-JARA DIÉZ lançou a interessantíssima interrogação acerca do porquê de não se estabelecer uma correlação lógica que partisse da constatação de que nem todos os seres humanos são considerados sujeitos passíveis de uma sanção penal - e fazer repercutir essa constatação no outro lado da questão, que é o de reflectir acerca do porquê de se tomar como garantido e se assumir sem quaisquer restrições que *todas* as pessoas colectivas serão imputáveis. Fará sentido admitir que as

⁵⁴ - *Idem*, p. 618. A Autora continua dizendo que “... *só pode ser sujeito jurídico-penal o sujeito de direito, distinto da pessoa singular, que disponha de organização suficientemente estável e complexa para permitir a identificação de um centro autónomo de imputação de interesses (...).*” - *Ibidem*, p. 643. Em termos não coincidentes com os da Autora, FERNANDO TORRÃO perspectiva o «levantamento do véu corporativo» como o «primeiro passo metodológico na reacção punitiva à “criminalidade de empresa”» sob pena de a personalidade colectiva servir de «escudo» à responsabilização dos agentes individuais que praticaram o crime. Partindo do propósito de condicionar comportamentos futuros, as sanções criminais devem dirigir-se aos que estão na origem dos delitos - *vide* TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 133. Esta opinião enquadra-se na persistência do Autor em considerar que a reacção jurídico-penal a entes colectivos (deve) funciona(r) numa base «subsidiária» - *Idem*, p. 146.

⁵⁵ - DIÉZ, Carlos Gómez-Jara - “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, pp. 459 e ss. Também ADÁN NIETO MARTÍN defende o estabelecimento da verosimelhança entre os preceitos relacionados com a menoridade e as pessoas físicas inimputáveis com a dogmática respeitante às pessoas colectivas - *vide* MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 12.

peças colectivas são sujeitos activos para o direito penal independentemente de considerações acerca da heterogeneidade das peças colectivas existentes e, pior, estabelecendo o mesmo e exacto modelo jurídico-penal para todas elas? Certamente que não. Seguindo GOMÉZ-JARA DIÉZ e TERESA QUINTELA DE BRITO⁵⁶, haverá que ‘limar algumas arestas’, iniciando pelas «sociedades de fachada» ou «sociedades-espantinho», que embora aparentemente dotadas de complexidade estrutural para se poderem auto-organizar e autodeterminar, elas efectivamente *não* o fazem; e ainda os entes colectivos que são destituídos de uma organização ou cuja organização se não revele suficientemente estável e complexa, porquanto plenamente heteroadministrados⁵⁷. De acordo com o Autor não estariam defraudadas na sua legitimidade eventuais medidas de intervenção quanto a estes entes colectivos com a limitação, embora, de não se poder considerá-las como verdadeiras penas, por não se justificar a referência a uma *culpabilidade* da pessoa colectiva ou, até, por não se justificarem as cautelas do direito penal⁵⁸. Os critérios para aferir das características que tornariam o ente colectivo susceptível de ser considerado *agente* em direito penal não seriam ontológicos, mas *normativos*, assentes no substracto organizativo do ente e na sua densidade, não relevando para tal a personalidade jurídica, nem sequer, a sua configuração económica⁵⁹. Efectivamente, as exigências que se impõem às

⁵⁶ - BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, pp. 1242 a 1244.

⁵⁷ - De igual modo, ADÁN NIETO MARTÍN perspectiva estas peças colectivas como puras ferramentas nas mãos das peças responsáveis pelo delito, o que faria das sanções a impor nestes casos verdadeiras *consecuencias accesorias* à imagem do direito penal espanhol, por representarem, no fundo, a privação do responsável de “...un instrumento objetivamente peligroso.” - vide, MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 12.

⁵⁸ - DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, p. 470. O Autor prossegue dizendo que o instituto civil do «levantamiento del velo» é um corolário natural de um sistema de auto-responsabilidade empresarial, na medida em que providencia o “acesso” àqueles que são os verdadeiros responsáveis pelo delito e que se escondem por detrás da *organização* dos entes colectivos abusando censuravelmente de instrumentos que são fornecidos pela ordem jurídica – *Idem*, p. 471.

⁵⁹ - Continuamos a nossa exposição com base na argumentação de DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, pp. 472 e ss. Similarmente, TERESA QUINTELA DE BRITO aduz que o ente colectivo só se torna sujeito jurídico-penal activo quando desenvolve uma estrutura suficientemente complexa que o dote da capacidade de «auto-organização», «autocondução» e «autodeterminação», só assim ganhando o «estatuto de pessoa ética» para o direito penal – cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidad penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 668.

grandes multinacionais ou empresas modernas não podem ser as mesmas em relação aquelas outras estruturas colectivas cujo processo de decisão passe, essencialmente, pela vontade de um ou dois sujeitos-chave⁶⁰, que actuem com ampla liberdade, sem estarem “atados” pelo interesse social e isentos de qualquer laivo de autoridade ou pré-imposições inerentes à institucionalização do ente colectivo.

Posto isto, são inúmeras e complexas as questões com que os estudiosos se deparam, pelo que, passo-a-passo, se nos afigura da maior importância delinear o *porquê* desta responsabilização, imediatamente seguida do *como responsabilizar*. É fulcral assentar ideias e firmar convicções, recorrendo a contributos já prestados pelos doutrinadores. Passemos brevemente à essência da fundamentação da responsabilidade penal de entes colectivos tal como é geralmente acolhida.

1. DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS PESSOAS COLECTIVAS

A priori, quaisquer que sejam as razões justificativas da consagração da responsabilidade penal de entes colectivos, é fundamental a sua sujeição a dois princípios estruturantes do direito penal⁶¹: o princípio da *necessidade* e o princípio da *ultima ratio* ou da *intervenção mínima*⁶². A pessoa colectiva

⁶⁰ - Afinal, como conclui TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 146, quanto maior a dimensão de uma pessoa colectiva e quanto maior a imperfeição na sua organização e auto-regulamentação, mais perigosa ela se revelará e, subsequentemente, mais difícil se torna apurar das correspondentes responsabilidades individuais, muito por culpa dos vários níveis de hierarquia na empresa e da divisão de trabalho existente.

⁶¹ - Igualmente neste sentido BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 63 e ss.

⁶² - O princípio fundamental da *ultima ratio* ou da intervenção mínima do direito penal significa, como é sabido, a limitação da intervenção deste direito aos casos em que não é possível, através de outros meios jurídicos que não as sanções penais, obter os fins pretendidos pelo legislador. Sem consagração expressa no código penal ou na Constituição portuguesa, este princípio resulta da aplicação ao direito penal e à política criminal dos princípios constitucionais de justiça e de proporcionalidade, emanações do artigo 18.º, n.º2 da CRP e decorrência do artigo 2.º da CRP. Eles pressupõem a seguinte reflexão: não seria suficiente uma reacção contra entes colectivos por parte do direito contra-ordenacional? Ou, noutra vertente, não seria mais adequado o

representa um meio organizacional e económico que possibilita a prática de variadas infracções, seja por via de um aproveitamento do seu poderio de meios e esfera de influências, seja pelo inevitável incremento do risco associado às suas actividades. O que é dizer: as pessoas colectivas encerram um potencial de lesão a bens jurídicos que não mais se pode menosprezar, circunstancialismo que toma sérias proporções à medida que se foi constatando que a simples punição de agentes individuais que actuam pela pessoa colectiva – embora impreterível – não se afigura satisfatória ou eficaz na luta contra a criminalidade de empresa porque de escassos efeitos preventivos sobre a pessoa colectiva. São por demais patentes as dificuldades de prova para identificação do agente responsável pelo delito, em boa parte associadas ao difícil percurso do «fio da cadeia hierárquica sustentadora da decisão»⁶³ que culminou na prática de um crime, pela divisão de tarefas por vários sujeitos e, paralelamente a cisão entre responsabilidade decisória, posse de informações e actuação, pelo que, soçobram dúvidas quanto à necessidade de responsabilização penal de entes colectivos, levando a que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS afirme que “(...) *uma vez legitimado o princípio político-criminal da necessidade de punição criminal dos entes colectivos, ele não pode (...) ser subvertido com a alegação de que um tal princípio é dogmaticamente inexequível.*”⁶⁴ Ao não fazê-lo, estaríamos a facilitar às pessoas colectivas a criação de *bodes expiatórios* para as infracções que delas emanassem, sendo que, deixar o ente colectivo impune equivaleria à anulação da ideia de que a punição deve extrair os proveitos que resultam de um crime e penalizar quem o originou⁶⁵.

sancionamento de pessoas colectivas por via da aplicação de medidas de segurança ou outras, especificamente criadas para o efeito? A abordagem a estas questões será feita na Parte III do presente estudo, Capítulo X, pp. 221 e ss., para as quais se remete.

⁶³ - Palavras de COSTA, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)”, 1998, p. 507.

⁶⁴ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2011, p. 297. Daí que o Autor, tanto na acção como na culpa, defenda que não se pode esquecer que as organizações colectivas são «obras da liberdade» ou «realizações do ser-livre», expressão do homem individual, havendo que recorrer, apenas, a um pensamento analógico. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo - “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, 1998, p. 68.

⁶⁵ - Afirma-o BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 64 e 65.

Tomando como ponto de partida o reconhecimento da necessidade político-criminal dessa responsabilidade, a par dos obstáculos que a prova enfrenta e que não raras vezes ceifam o sucesso à investigação criminal, a que se soma a inadequação (para muitos) das categorias dogmáticas tradicionais do direito penal à natureza destes entes⁶⁶, faça-se notar que as respostas para este problema não são necessariamente unívocas, demarcando-se alguns penalistas de renome por afastarem o princípio da culpa como pressuposto indispensável da punição de entes colectivos e que admitem uma responsabilidade dependente de diferentes critérios, como seja o da *estrita necesidad* ou o da *perigosidad*⁶⁷.

Os entes colectivos são parte integrante da comunidade, logo, devem desempenhar não só um papel económico como também adoptar uma posição socialmente benéfica e respeitadora dos deveres que obrigam as pessoas morais. Ora, decorre do princípio da universalidade contemplado no artigo 12.º, n.º2 da CRP o reconhecimento às pessoas colectivas de direitos e *deveres* compatíveis com a sua natureza, sentido que aliado ao princípio da igualdade (artigo 13.º) imporá a responsabilização de entes colectivos por crimes que dimanem da sua actividade e que por eles sejam cunhados. Tal comportaria um efeito em muito desejável e que é por vezes olvidado: o de que, ao serem passíveis de responsabilização criminal, induzir-se-ia a pessoa colectiva a uma monitorização dos seus agentes e ao reforço da responsabilização de cada um deles pelas áreas da sua competência, prosseguindo a finalidade de incentivar as pessoas colectivas à adopção de medidas de organização internas – *self-policing*⁶⁸ – que visem, por um lado, impedir a realização de infracções no âmbito da actividade do ente colectivo e que permitam, por outro, a colaboração ou a denúncia de irregularidades às autoridades competentes, possibilitando a propagação destas

⁶⁶ - Em resposta à alegada inadequação das categorias dogmáticas do direito penal, é paradigmática a referência a ZUGALDÍA ESPINAR devido à seguinte afirmação: a de que “[s]i la dogmática penal no sirve para cubrir las necesidades de la política criminal, tanto peor para la dogmática.” - *apud* TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, p. 28.

⁶⁷ - *Infra*, Parte III, Capítulo X.

⁶⁸ - Elucidativo quanto à eficácia do *self-policing*, ADÁN NIETO MARTÍN, cujas palavras não nos privamos de citar: “... sólo la responsabilidad penal de la empresa obliga a abrir los ojos a los socios y a la cúpula empresarial, y considerar que forma parte de la ordenada gestión de la entidad preocuparse por la prevención de hechos delictivos. (...) sólo una sanción que afecta al bolsillo de los socios, o al poder o credibilidad de los administradores, permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de un delito.” – cfr. MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 5.

consequências aos membros dirigentes da pessoa colectiva e provendo à assimilação destes deveres de auto-regulação e auto-controlo pela estrutura organizacional colectiva⁶⁹.

A nível nacional, FERNANDO TORRÃO é peremptório: a responsabilidade penal de entes colectivos nunca deverá substituir a responsabilidade de titulares de órgãos, dirigentes ou funcionários que cometeram o crime ou que nele participaram, ainda que em nome e no interesse da pessoa colectiva. Acrescenta que esta responsabilidade deve ser procurada precisamente nos espaços onde é *necessária*, ou melhor, nos espaços onde «acaba a responsabilidade penal individual» e onde prolifera a irresponsabilidade organizada individual, atribuindo ao princípio *societas delinquere potest* uma «função político-criminal residual ou subsidiária»⁷⁰. Já JORGE DOS REIS BRAVO concebe esta responsabilidade como uma questão atinente à imputabilidade, à susceptibilidade de punição por razões pragmáticas e de política criminal, distinta da imputação *ética* de uma actuação⁷¹. Ora, é inegável que toda a problemática resultante da responsabilização criminal de entes colectivos partiu de razões utilitaristas, eficientistas e de necessidade, que se assumem, também, como verdadeiros fundamentos da mesma.

⁶⁹ - Uma explicação muito elucidativa acerca do dever de auto-regulação e prevenção de crimes pelas pessoas colectivas é dada por JAMES GOBERT. Assim, a responsabilização penal de entes colectivos "(...) is predicated on an implied duty on the part of the company to prevent crime. (...) The state allows companies to carry on a business for profit under the protective umbrella of its laws. (...) In exchange for being able to operate within this legal structure, created and enforced by the state, comes a corresponding duty not to conduct its business in a way which exposes innocent individuals to the dangers of harms proscribed by the same state's criminal laws. Furthermore, a company is free to choose the business which it enters into, and the methods by which it conducts that business. (...) Often the nature of a company's activities engenders risks to the public. A company that creates a situation of danger (...) has an obligation to take steps to prevent criminal harm from occurring." – Vide GOBERT, James – "Corporate Criminality: new crimes for the Times", 1994, p. 729.

⁷⁰ - TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 285 e ss. Refira-se que EDUARDO CORREIA ou BELEZA DOS SANTOS entendiam que, a haver responsabilidade penal das pessoas colectivas, ela deveria cingir-se aos casos em que se revelasse «impossível ou muitíssimo difícil» determinar as concretas responsabilidades individuais no seio da estrutura organizacional da empresa. *Idem*, p. 291.

⁷¹ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 52 a 61. Igualmente, SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, p. 122. O Autor, sem grandes rodeios, caracteriza a responsabilização penal de entes colectivos como de «puro utilitarismo» embora não veja qualquer ilegitimidade nisso.

Ponto é que simultaneamente – e na senda de JOSÉ DE FARIA COSTA⁷² - a admissibilidade da punição de pessoas colectivas possa ser erigida em bases teóricas fundadas, havendo de encontrar-se uma racionalidade substantiva que não se confine a uma «necessária eficácia», sendo “(...) *insuficiente fundamentar a punibilidade das pessoas colectivas em um modo de argumentação cegado à ideia de necessidade.*” Tal racionalidade substantiva levará a que se estabeleça um modelo de imputação jurídico-penal distinto do que até aqui havia sido criado para as pessoas humanas, a par da construção de um juízo de culpa compatível com a natureza dos entes colectivos e à determinação de um sentido próprio às sanções que lhes serão destinadas.

Por último, e em virtude da consagração da responsabilidade criminal de entes colectivos pelo Decreto-Lei n.º28/84, de 20 de Janeiro, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a mesma, admitindo que era consentânea com a CRP. TERESA SERRA⁷³ dá-nos conta, em termos sumários, dos princípios alvo de análise do TC nas Decisões 212/95, de 24 de Junho, 213/95, de 26 de Junho e 302/95, de 29 de Julho. Foram eles o princípio da universalidade, o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade (respectivamente, artigos 12.º, n.º2, 13.º e 18.º, n.º2 da CRP) a par dos princípios da liberdade de associação (artigo 46.º da CRP), da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º da CRP) e do constante do artigo 86.º da CRP quando determina o dever do Estado em assegurar que as corporações privadas cumpram com os seus deveres legais, em especial, quando as suas actividades possam afectar interesses económicos e sociais.

2. DOS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO

O grande desafio lançado pelo acolhimento da responsabilidade criminal de entes colectivos compreende a dificuldade em compatibilizá-la com a dogmática

⁷² - COSTA, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)”, 1998, p. 508.

⁷³ - Vide SERRA, Teresa - “Establishing a basis for criminal responsibility of collective entities”, 1999, p. 204.

penal, desde sempre concebida como um direito penal do *facto*. Ora, a criminalidade que tem origem nas modernas estruturas colectivas é propiciada pela *dispersão* de três elementos fundamentais como (i) as actividades operativas, (ii) a posse de informações básicas e (iii) o poder de decisão, elementos estes que o direito penal tradicional supõe reunidos num mesmo e só agente⁷⁴. Com o fraccionamento das actividades e das responsabilidades no interior da organização colectiva *desaba-se*, muito facilmente, naquilo que se passou a intitular de «irresponsabilidade organizada»⁷⁵. Há que apreender a natureza da pessoa colectiva, o modo como se organiza e a forma através da qual age, desviando obrigatoriamente as atenções para os órgãos e representantes da pessoa colectiva⁷⁶. Por conseguinte, são essencialmente dois os modelos correntemente utilizados para expor o modo como se procederá à imputação de um crime a entes jurídicos.

Assim, o primeiro modelo – de heteroresponsabilidade – e importação da teoria geral do direito civil, reporta ao indivíduo (sujeito singular) os elementos constitutivos do ilícito procedendo depois à transposição para a pessoa colectiva do dolo ou negligência, do conteúdo do ilícito e da culpa do facto da pessoa singular⁷⁷. Também designada por responsabilidade indirecta, ela assenta na imprescindibilidade de uma actuação criminosa por parte de pessoas individuais determinadas, cuja demarcação é genericamente fornecida pela *teoria da identificação* – commumente associada ao brocardo *respondeat superior* – e que

⁷⁴ - Assim, SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, 2009, p. 126, enfatizando que foi em razão desta dispersão das três componentes de *acção*, *decisão* e *conhecimento* que ganhou particular relevo as novas figuras de imputação, assentes primordialmente nas posições de garante.

⁷⁵ - Vide HEINE, Günter - *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, p. 2.

⁷⁶ - O órgão identifica-se com a pessoa colectiva, ao passo que o representante conserva a sua individualidade e autonomia, que são diferentes da do representado. A vontade do órgão é *directamente* imputada e referida à pessoa colectiva, sendo tratada pelo direito como a expressão da vontade desta. Já a vontade do representante é a vontade dele mesmo embora venha a produzir efeitos em esfera alheia (na do representado), contando que, em ambas as situações, se mostre fundamental que o agente pratique o facto no desempenho das suas funções ou no desenvolvimento de matérias que lhe foram especificamente confiadas. Para um melhor aprofundamento sobre este assunto, vide ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE, citado por ROCHA, Manuel António Lopes da – “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas”, 1998, pp. 465 e ss. Segundo MANUEL LOPES DA ROCHA, facto determinante da responsabilidade não-individual é o de a actuação provir de pessoa singular juridicamente habilitada a integrar a vontade do ente colectivo e assumida no quadro de poderes inerentes à sua qualidade (de órgão ou representante) – *Idem*, p.468.

⁷⁷ - Seguimos BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, pp. 1227 a 1229.

se até à circunstância de serem os órgãos dirigentes de uma pessoa colectiva que se identificam com o modo de actuar *colectivamente* produzido e que, acima de tudo, *são e expõem* a vontade colectiva apta a fazer responder a pessoa colectiva pelos crimes praticados⁷⁸. Ora, quando se trata da elaboração de critérios de imputação do crime às pessoas colectivas, JOSÉ DE FARIA COSTA parte da ideia-base de *alteridade* como matriz essencial do agir das pessoas colectivas. Diz o Professor de Coimbra que “...só pelo «outro» (órgão ou representante) – que é também um elemento estrutural da sua natureza construída – [é que] a pessoa colectiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante”⁷⁹, pelo que, a imputação de um crime à pessoa colectiva deve depender da concreta identificação de uma acção típica, ilícita e culposa por parte de um círculo determinado de agentes.

A doutrina portuguesa converge tendencialmente para este modelo de responsabilidade ⁸⁰. JORGE DOS REIS BRAVO acolhe o modelo da responsabilidade indirecta, por entender que enquanto for viável a identificação do «suporte individual da conduta delituosa», a imputação ao ente colectivo deve fazer-se por referência à imputação do agente individual⁸¹, pelo que sem ser possível identificar «um substrato mínimo de uma conduta (humana individual)» afigura-se «inviável» para o Autor o «estabelecimento da imputação – objectiva e subjectiva – da conduta da pessoa colectiva»⁸². Já FERNANDO TORRÃO reconhece a consagração deste modelo no código penal português, embora não se prive de apontar defeitos à teoria da identificação por considerar que ela *promove* o modelo do *respondeat superior*, nada mais, nada menos, do que uma forma de responsabilidade vicarial ou por facto de outrem, o que a torna

⁷⁸ - Agora, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? – Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 147 e ss.

⁷⁹ - COSTA, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)”, 1998, p. 516.

⁸⁰ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 194 a 196.

⁸¹ - BRAVO, Jorge dos Reis – “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal dos entes colectivos)”, 2003, p. 231.

⁸² - *Idem*, p. 191. E o facto de a «origem» e os «termos» da responsabilização da pessoa colectiva serem «fundamentados» e «transmitidos» pelo facto do agente individual faz com que o Autor entenda que igualmente transmissíveis serão eventuais causas de exclusão da ilicitude ou da culpa relativas ao agente individual. *Ibidem*, pp. 191 e 192.

inadmissível em direito penal⁸³. Por seu turno, TERESA QUINTELA DE BRITO⁸⁴ embora procure fundamentar por uma via específica a relação entre o facto individual e a pessoa jurídica - através do «domínio da organização para a execução típica do facto» - exige a identificação de um facto de conexão praticado por uma pessoa singular, seguida da necessária comprovação de que o ilícito desta pessoa singular é, *também*, um ilícito da organização. Portanto, para que haja uma imputação do ilícito-típico realizado por um dos seus órgãos ou representantes, é imprescindível apurar da «contribuição colectiva para a comissão» do crime⁸⁵. Numa outra orientação, AUGUSTO SILVA DIAS⁸⁶, que adopta o modelo da responsabilidade derivada e subsidiária (se o autor individual, por qualquer motivo, não for punido), sendo preocupação sua a de respeito pelos limites de um direito penal do facto, razão pela qual o ilustre Autor atribui total relevância ao facto individual de conexão.

Ora, ADÁN NIETO MARTÍN⁸⁷ refere que, em termos comparativos, o principal defeito deste modelo prende-se com o facto de beneficiar as grandes empresas e prejudicar as pequenas, afinal, em estruturas empresariais menores

⁸³ - V. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 148 e ss. Para suportar a sua argumentação, FERNANDO TORRÃO recorre aos perigos apontados por BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ decorrentes da «obsessão em punir as pessoas colectivas» e que fazem com que se facilite - na prática e perante o caso concreto - a verificação dos critérios de imputação à pessoa colectiva; efectivamente, há dados de investigações da sociologia e da psicologia que concluem no sentido de órgãos directivos de uma organização colectiva não terem, com frequência, a possibilidade de controlar ou ponderar as decisões “tomadas pela pessoa colectiva”, podendo muitas vezes ser reduzidos a «instrumentos do *management* intermédio» e manipulados por estes. Assim, também, JOÃO MATOS VIANA, que o denomina de «método *top down*» e que segundo o Autor se revela «mais justiceiro do que justo» pois que nas grandes empresas os procedimentos de tomada de decisão estão fortemente condicionados pela informação de suporte que é fornecida pela «esfera operativa da empresa (os técnicos da empresa)» e nem tanto disponibilizados ou dependentes dos corpos dirigentes. Como se pode ver, estes são alguns aspectos a tomar em consideração no momento da escolha daqueles que serão os critérios de imputação a positivar e que se julga terem sido observados pelo artigo 11.º, n.º2 do Código Penal português (VIANA, João Matos - *A autoria na criminalidade de empresa*, 2007, p. 13)

⁸⁴ - BRITO, Teresa Quintela de - “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, pp. 203 e ss.

⁸⁵ - Cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 230. Deste modo, a pessoa colectiva terá de exercer um domínio modelador do facto típico através dos seus órgãos e demais pessoas com autoridade para controlar a actividade por ela desempenhada.

⁸⁶ - Vide DIAS, Augusto Silva - “Crimes e contra-ordenações fiscais”, 1999, pp. 450 e 451 ou DIAS, Augusto Silva - *Ramos emergentes do Direito penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, 2008, pp. 115-117.

⁸⁷ - MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 9.

e de funcionamento mais simplificado, mostrar-se-á mais fácil identificar o responsável individual e perscrutar a pirâmide funcional da pessoa colectiva. Apenas nestes casos é que seria viável afirmar-se (com segurança) que o agente individualmente considerado tinha o monopólio das informações e conhecimentos necessários à execução do crime. Em contrapartida, não se pode afirmar o mesmo quanto às grandes sociedades. Fazer depender a responsabilização penal destas do modelo da teoria da identificação comportaria, na óptica de ADÁN NIETO MARTÍN, efeitos perversos, atenta a *agilidade* destas pessoas colectivas em defraudar uma organização que se pretende rigorosa e simples, realidade que é habitualmente agravada pela existência de “pactos de silêncio” entre os agentes infractores e a pessoa colectiva, bem como, pela dispersão de funções e actividades por diversos agentes subordinados e afastados do *tal* corpo directivo da empresa.

Não obstante, o pior dos vícios apontados ao modelo de responsabilização indirecta assenta num seu aspecto central: o da não previsão de uma solução penalizadora para os casos de não identificação das pessoas físicas responsáveis, o que conduz à impunibilidade dos entes colectivos. Tal constatação não deixa de representar um indesejável paradoxo, na medida em que são estes os casos que, *ab initio*, mais reclamam a punição de entes colectivos⁸⁸. GÜNTER HEINE⁸⁹ focou a sua atenção nas grandes e modernas empresas, entendendo que a caracterização destas assenta, sobretudo, na difusão (*i.e.* descentralização) dos

⁸⁸ - Neste sentido, SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo – “Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas”, 1999, p. 33. Uma alternativa controversa, mas deveras prática, foi avançada no ordenamento jurídico-penal suíço com a consagração de uma dupla responsabilidade criminal de pessoas colectivas pelo artigo 102.º do CP (introduzido em 2003). Assim, o artigo 102.º do CP suíço prevê uma hipótese geral de *responsabilidade subsidiária* da pessoa colectiva, assim referenciada por exigir apenas a ocorrência de um crime cometido no seio da empresa e no exercício das suas actividades, porquanto não seja possível imputar a infracção a uma pessoa física em virtude da falta de organização daquela; a outra hipótese de responsabilização é absolutamente independente de agentes físicos e operacional quanto a certo tipo de criminalidade, contando que a empresa possa ser censurada por não ter tomado as necessárias medidas de organização aptas a impedir a perpetração do ilícito. Este último representa o modelo objectivo ou holístico, assente na teoria realista da personalidade colectiva, que não exige a imputação de «pensamentos, actos e omissões humanos à corporação», prescindindo de qualquer facto de conexão – cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 315-333; e SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 99-102.

⁸⁹ - Citado por BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 890 a 892.

processos de decisão e de acção, a par de uma especialização dos agentes individuais – que faz com que se centrem sobre pequenas fracções da actividade da pessoa colectiva. Alega o Autor que hoje a gestão de empresas não é estática e que são frequentes as operações de transferência de dirigentes superiores e intermédios. Ou seja: *não* ocorre a necessária *fixação* dos agentes individuais que têm a possibilidade de decidir ou intervir na organização da empresa, afectando, por conseguinte, a identificação dos indivíduos responsáveis por determinada situação. Neste seguimento, termina o Autor dizendo que a dispersão das actividades no seio da organização colectiva, da informação e do poder de decisão, fazem com que dificilmente um agente individual possa ser considerado autor de uma infracção, redundando no já referenciado fenómeno que GÜNTHER HEINE intitula de «irresponsabilidade individual de carácter estrutural»⁹⁰. Consequentemente, critérios de imputação baseados num domínio pessoal do facto só devem/podem operar quando se trate de pessoas colectivas com uma estrutura interna rigorosamente hierarquizada, cujos deveres sejam delimitados, incidentes sobre sujeitos determinados, com verdadeira capacidade de decisão.

De feição mais objectiva é o modelo de autoresponsabilidade das pessoas colectivas, cuja base de fundamentação é para muitos sustentada na Teoria dos Sistemas Sociais instituída por NIKLAS LUHMANN⁹¹. Na sua «forma pura»⁹² o modelo de autoresponsabilidade prescinde de um facto de conexão realizado por pessoa singular, sendo relativamente ao ente colectivo que se vai apurar do dolo ou negligência, ilicitude e culpa, na procura do facto colectivo a imputar. CARLOS GOMÉZ-JARA DIÉZ, seguindo LUHMANN, explica que não é só através dos estatutos⁹³ que uma pessoa colectiva consolida a sua *identidade* mas também

⁹⁰ - *Apud, Idem*, p. 892.

⁹¹ - Consulte-se, por exemplo, LUHMANN, Niklas - *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1984. Sinteticamente, a Teoria dos Sistemas Sociais concebe uma organização empresarial como um sistema complexo que se auto-organiza, autoconduz e se autodetermina, e em que as comunicações que ocorrem no seu âmbito formam o conceito-chave que ajudará a discernir entre as operações que são *próprias* destes sistemas dinâmicos e organizados e as que o não são, no sentido em que há sempre *decisões estruturais* que estabelecem os *alicerces* para um número indeterminado de outras decisões, numa espécie de decisões em cadeia.

⁹² - BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, pp. 1227 a 1229.

⁹³ - Acerca da importância dos estatutos para a determinação e a concessão de uma identidade própria à pessoa colectiva, a par dos seus procedimentos internos - BACIGALUPO, Silvina – “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, 1999, p. 58, onde se lê: “*El estatuto proporciona la capacidad de decisión interna y la capacidad de actuar externa. (...) La «vida*

através de uma cultura empresarial específica da organização⁹⁴. Foi no âmbito deste modelo que germinou um conceito constructivista de culpa da pessoa colectiva assente na defesa da auto-responsabilidade penal empresarial⁹⁵, razão pela qual o ilícito cometido por um agente ter de ser *funcional* ao sistema, cabendo responsabilizar o ente colectivo que “...tenha criado ou mantido a filosofia empresarial criminógena ou tenha permitido atitudes empresariais criminais individuais dentro da empresa.”⁹⁶

KLAUS TIEDEMANN é dos mais lídimos representantes europeus do modelo de imputação directa da responsabilidade às pessoas colectivas, tendo elaborado um pertinente modelo de culpa própria para estas, dependente da circunstância de a infracção cometida pelos órgãos ou representantes dever resultar de deficiências de organização da pessoa colectiva, exceptuados os casos de excesso de representação. Mais recentemente, contudo, o Autor propôs uma abordagem *mista* de modelo criminal apontando – sempre – a consagração da responsabilidade criminal das pessoas colectivas como a melhor solução a adoptar⁹⁷. Assim, a responsabilidade penal colectiva deveria assentar numa “*vicarious basis of attributing acts – and mens rea – of bodies and legal representatives of corporations*”, sendo que a culpa dos órgãos e dos representantes legais deveria ser atribuída à pessoa colectiva, com duas ressalvas: a da consciência da ilicitude e a negligência, que deveriam ser apuradas *autonomamente* em relação à pessoa colectiva. No que concerne aos delitos cometidos pelos demais agentes individuais que integram a pessoa

interna» de una persona jurídica no es un proceso psíquico, sino un proceso social (...) un juego regulado por el Derecho con división de roles. ”

⁹⁴ - DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2006, p. 05:16.

⁹⁵ - Continuamos a seguir DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2006, pp. 05:02 e ss.

⁹⁶ - Assim, SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 188 e ss. De destacar que o modelo da autoresponsabilidade realça a importância da componente funcional do resultado desvalioso e do papel daqueles que estão investidos na missão de impregnar um espírito empresarial conforme às normas, precisamente porque a responsabilidade colectiva derivará da censura a omissões da pessoa colectiva (e dos seus órgãos) e a comportamentos negligentes, por haverem falhado na obrigação de impedir a materialização dos perigos e riscos em lesões a bens jurídicos fundamentais.

⁹⁷ - Cfr. TIEDEMANN, Klaus – “Corporate Criminal Liability as a third track”, 2014, p. 17. Não se esqueça que o ordenamento jurídico-penal alemão é dos poucos (embora dos mais conceituados) ordenamentos jurídicos a recusar o reconhecimento da responsabilidade penal de entes colectivos.

colectiva, a imputação operaria mediante determinação do elemento colectivo “organização insuficiente”, ressalvados os casos em que a pessoa colectiva houvesse tomado as medidas *razoáveis* ou *adequadas* a prevenir ou a impedir a comissão do delito⁹⁸.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁹⁹, em resposta a certas variantes do modelo de responsabilização directa de entes colectivos, expôs sérias reservas quanto à elaboração de critérios de imputação ou noção de culpa colectiva assentes em deveres de cuidado que incidam sobre a própria pessoa colectiva. Para o Autor, aquilo que existe no direito da União Europeia são antes deveres de controlo e supervisão atribuídos a dirigentes da pessoa colectiva e que têm por *objecto* os agentes físicos colocados sob a sua autoridade. Tais deveres nada têm a ver com a pretendida (e genérica) contenção dos riscos típicos da actividade da pessoa colectiva, ao contrário do que pretendem fazer valer os modelos de responsabilização directa. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE prossegue, argumentando que a não ser assim, poderia atingir-se o princípio da presunção de inocência, sendo suficiente para responsabilizar entes colectivos a verificação de defeitos de organização ou a materialização dos riscos associados à actividade da pessoa colectiva no resultado danoso. Ora, a grande crítica que é apontada ao modelo de autoresponsabilidade prende-se com o facto de facilmente conduzir à responsabilidade penal da pessoa colectiva (numa óptica de responsabilidade quase objectiva), desconsiderando princípios e dogmas fundamentais do direito penal (enquanto direito penal do facto e da culpa) ao perspectivar o crime como condição objectiva de punibilidade¹⁰⁰.

Facto é que a história mais recente é marcada por uma contínua ampliação do círculo de pessoas aptas a responsabilizar os entes colectivos, incluindo-se, não raras vezes, meros subalternos e empregados. Essencial é saber *onde* e

⁹⁸ - Não deixa de ser curiosa – e, por isso mesmo, se assinala – a mudança de posição nesta temática por parte de KLAUS TIEDEMANN uma vez que, se bem se compreenderam as suas palavras, o ilustre penalista alemão parece ter ido ao encontro da opção tomada pelo legislador penal português no artigo 11.º do CP, em alguns dos seus aspectos fundamentais, como se verá de seguida.

⁹⁹ - ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, 2006, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>.

¹⁰⁰ - Neste sentido, por exemplo, SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 191 e ss., para quem é imperativo a admissibilidade de responsabilidade penal apenas por actos e por culpa *própria* – e não de outrem ou objectiva. Para mais críticas a este modelo, *vide, infra*, Capítulo III.

quando/em quem parar; isto é - como alerta GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁰¹ - como evitar chegar ao ponto em que o avanço na estrutura orgânica hierárquica da pessoa colectiva possa significar um recuo no respeito pelo princípio da culpabilidade, uma vez que, em sua opinião, quanto mais distantes do *topo* da estrutura hierárquica desta, menores serão os poderes colectivamente atribuídos de direcção e controlo sobre a actividade da pessoa colectiva, o que culminará numa abertura à responsabilidade objectiva de pessoas colectivas. Não obstante, há que reconhecer que deste modo o ordenamento jurídico ficaria precavido de eminentes *fugas* de responsabilidade no seio de grandes organizações - que sucedem por via de delegação de funções a subalternos - e promoveria-se, com outro vigor, a adaptação das estruturas internas de controlo à verdadeira complexidade da sua organização empresarial.

2.1 – No Código Penal português

Foi com a Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro, que se deu a introdução no direito penal de justiça português da responsabilidade penal de pessoas colectivas, fechando um longo ciclo - que remontava a 1982 - de relutância em alargar esta responsabilidade ao campo do direito penal clássico¹⁰². O modelo de

¹⁰¹ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 178 e ss.

¹⁰² - Efectivamente, a responsabilidade penal de pessoas colectivas não era desconhecida no nosso ordenamento jurídico. O Decreto-Lei n.º28/84, de 20 de Janeiro (Infracções Anti-Económicas e Contra a Saúde Pública) foi por muitos apontado como um exemplo a seguir - aludimos aos elogios tecidos a seu respeito quer a nível nacional, quer a nível internacional (v. TIEDEMANN, Klaus - “La criminalité socio-économique: aspects internationaux et de droit compare”, 1974, p. 761) - sendo um diploma paradigmático, quer quanto à criminalidade económica, quer quanto à consagração penal da responsabilidade de pessoas colectivas. Enquanto verdadeiro «laboratório dogmático» de novas experiências jurídico-penais (assim, CARVALHO, José Costa Tomé de - “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, p. 61 e ss.) o Decreto-Lei n.º28/84 consagrou a responsabilidade penal de pessoas colectivas, dependente da prática de infracções por órgãos ou representantes que actuem em nome e no interesse colectivo e que o não façam contra ordens ou instruções expressas de quem de direito (artigo 3.º, n.ºs 1 e 2). Ora, ao contrário do que seria de prever, este diploma consagra uma responsabilidade penal de pessoas colectivas em termos mais restritivos do que o código penal (que é de aplicação geral) - e isto, em face de infracções económicas, área à partida (mais) propícia ao cometimento de infracções por parte de estruturas empresariais. Impõem-se duas notas: a primeira, por parte de GONÇALO MELO BANDEIRA, quando recorre a um exemplo para demonstrar a incompatibilidade entre os critérios de

responsabilidade adoptado foi o da heteroresponsabilidade, sendo dois os critérios de imputação previstos no artigo 11.º, n.º2 do CP. De um lado, na alínea a), o critério que parte do cometimento da infracção criminal *em nome e no interesse* da pessoa colectiva ou equiparada, por pessoas que nela ocupem uma *posição de liderança*. Esta alínea contém duas condições de imputação do facto punível ao ente colectivo. *Em nome* da pessoa colectiva significa que a infracção tem de ser funcional, isto é, tem de ser praticada no âmbito do exercício de funções em que o agente foi investido pela pessoa colectiva, habilitando-o para a comissão do crime. *No interesse* da pessoa colectiva não exprime, necessariamente, a demanda de um proveito económico-financeiro para a pessoa jurídica, bastando-se que a actuação sirva para assegurar a organização, o funcionamento ou os fins do ente colectivo¹⁰³.

É impreterível a leitura conjugada desta alínea a) com o disposto no artigo 11.º, n.º4 do CP que dilucida o significado a atribuir ao conceito de «posição de liderança» que representa, nada mais, nada menos, do que a *espinha dorsal* dos critérios de imputação previstos no código penal. Ora, será a assunção de uma *posição de liderança* por parte de agentes físicos que os elevará a figuras qualificadas da responsabilização penal das pessoas colectivas. Consequentemente, a pertença a um órgão ou a designação para representante é

imputação previstos no código penal e o critério de imputação previsto neste diploma, concluindo que “(...) *é mais fácil – do ponto de vista da imputação jurídica da responsabilidade penal – uma empresa praticar um crime de corrupção p. e p. no Código Penal (v.g. 374º do C.P.) do que, por exemplo, um crime de especulação previsto e punido no art. 35º (e 3º) do Regime das Infracções Anti-Económicas e Contra a Saúde Pública.*” – cfr. BANDEIRA, Gonçalo Melo – “A responsabilidade das empresas pelo crime de corrupção: o caso português a partir de uma perspectiva de direito penal, mas também de criminologia”, 2013, p. 828; a segunda, aberta a discussão, provém da Autora TERESA QUINTELA DE BRITO, quando em momento posterior ao da entrada em vigor da Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro, veio defender a extensão do novo nexo de imputação descrito no artigo 11.º, n.º2, alínea b) do CP ao direito penal secundário (não obstante este só mandar aplicar o direito penal geral em termos subsidiários) – v. BRITO, Teresa Quintela de – “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, p. 210.

¹⁰³ - Assim, SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 260 e 261. Será esta última exigência que, em boa parte, fará com que o ente colectivo responda por facto próprio e não pelo facto de um seu representante. Será da junção das exigências de prossecução do “interesse colectivo” e da desconsideração de factos cometidos por agentes individuais contra “ordens ou instruções expressas de quem de direito” que, segundo a Autora, resultará excluída a responsabilização penal de entes colectivos utilizados como *instrumentos* para a satisfação de interesses pessoais dos seus dirigentes ou titulares de órgãos – vide BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 377.

considerado (algo automaticamente) pela lei como *posição de liderança*, a que se juntam aqueles que tenham autoridade para controlar a actividade da pessoa colectiva. Logo, é o desempenho de funções de autoridade no seio da pessoa colectiva que consubstancia o traço marcante do modelo adoptado e que tornará identificáveis as pessoas singulares capazes de imputar delitos à pessoa colectiva¹⁰⁴. O poder de domínio sobre a actividade colectiva pode ser global ou meramente sectorial, de modo tal que se admite a imputação ao ente colectivo de uma actuação de um agente que não detenha propriamente poderes sobre a *totalidade* da organização, sendo suficiente a autoridade para controlar o sector de actividade onde se deu o ilícito¹⁰⁵. Estamos perante uma louvável variante do modelo de responsabilidade penal indirecta de pessoas colectivas que veio estender a imputabilidade destas a escalões intermédios da estrutura organizacional, conferindo o tão desejado relevo ao «middle managerial agent»¹⁰⁶. Assim, esta alínea visa os crimes *corporeamente* cometidos por acção ou omissão próprias de pessoas com posição de liderança, pressupondo uma relação directa destas com a realização do crime, o que não sucede com o segundo critério de imputação previsto no código penal.

¹⁰⁴ - Explicação dada por SILVA, Germano Marques da - “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro”, 2008, p. 77. Para GERMANO MARQUES DA SILVA é absolutamente fundamental que a infracção seja cometida no exercício da actividade social do ente colectivo por pessoas que, agindo funcionalmente, nela ocupem uma posição que a lei considere adequada a manifestar a *vontade* da pessoa colectiva – seja em razão dos seus poderes de representação, seja em razão da sua autoridade para tomar decisões em nome da pessoa jurídica. Neste âmbito, consideram-se *agentes* aqueles que recebam um poder especial (de modo a que se possa falar de uma representação da vontade da pessoa colectiva) estando excluídos meros núncios ou executores – v. SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 245 e ss. Pequena nota, ainda, a respeito de BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 71 e ss., que adverte para a falha da teoria orgânica quando aplicável a entidades desprovidas de personalidade colectiva, sendo precisamente através da categoria legal das pessoas que ocupam uma posição de liderança que se proverá à colmatação de dificuldades de imputação da responsabilidade penal a entes colectivos.

¹⁰⁵ - Opinião partilhada por BRITO, Teresa Quintela de - “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, pp. 204 e ss., onde faz notar que a própria amplitude da responsabilidade a atribuir ao agente individual estará intimamente relacionada com a concreta autoridade que desempenha no seio da organização. Afinal, só se pode ser responsável por aquilo que se controla ou se poderia ter controlado.

¹⁰⁶ - Aplaudindo esta variante, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 326. Nota, ainda, para o facto (objecto de alguma divergência doutrinária) de o Tribunal Constitucional abranger na concepção de representantes, não só os representantes legais mas também os representantes de facto (Acórdão do TC n.º395/2003) – *Idem*, p. 459.

Assim, do outro lado - do artigo 11.º, n.º2, alínea b) do CP - consta que a imputação à pessoa colectiva opera também nos casos em que um agente subordinado pratique um crime, contando que o seu cometimento se tenha tornado possível ou não tenha sido evitado pelas já referenciadas pessoas que ocupam cargos de liderança na pessoa colectiva, isto é, através de uma sua violação de deveres de vigilância ou controlo por parte de agentes em *posição de liderança*. Temos, então, que o facto criminoso cometido por um subalterno só possa ter sido realizado em virtude da violação de deveres de vigilância e controlo que incumbem àqueles que têm autoridade no âmbito da pessoa colectiva, sendo que o facto de conexão relevante para responsabilizar a pessoa colectiva advém desta violação da posição de garante dos líderes, que tem de ser reconhecida¹⁰⁷. TERESA QUINTELA DE BRITO adverte para a circunstância de não se tratar, aqui, da violação de um dever *geral* de vigilância que compita, em abstracto, aos órgãos da pessoa colectiva (ou a esta, em geral), *mas sim*, de um especial dever de vigilância ou controlo por parte daqueles que seriam internamente competentes para adoptar a medida que se impunha, a medida adequada a impedir o facto ocorrido¹⁰⁸. A inércia de uma pessoa que ocupe uma posição de liderança pode ser interpretada pelos subordinados como uma espécie de «assentimento ou indução tácitos à perpetração do crime», mas, acima de tudo, como uma «co-realização» por pertencerem todos à mesma organização¹⁰⁹. Na realidade, o artigo 11.º, n.º2, alínea b) do CP parece inspirar-se na concepção de «défice de organização», presente numa deficiente estrutura organizacional ou de controlo, embora se distancie da versão originária desta por se referir, *sempre*, a comportamentos de pessoas *físicas* que exerçam poderes de autoridade ou de controlo na empresa. TERESA QUINTELA DE BRITO deixa também a ressalva de que a alínea b), do n.º2 do artigo 11.º não degenera em um

¹⁰⁷ - Neste sentido, BRITO, Teresa Quintela de - “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, p. 207, que explicita: “... nos casos do artigo 11.º, n.º2, alínea b), se se identificar o subalterno que praticou o crime, mas não se conseguir imputá-lo ao dirigente do sector de actividade em que o mesmo teve lugar, não haverá responsabilidade da pessoa jurídica.” Por outro lado - e no que parece ser uma forma de *flexibilizar* a imputação - a Autora afirma como desnecessária a identificação individualizada do subalterno que realizou o crime, por não ser ele o agente do facto de conexão - *Idem*, p. 206.

¹⁰⁸ - Ainda BRITO, Teresa Quintela de - “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, pp. 207 e 208.

¹⁰⁹ - *Idem*, p. 214.

respondeat superior, por não envolver a responsabilidade individual do “vigilante”, porquanto, o comportamento deste será individualmente atípico¹¹⁰.

Portanto, o ente colectivo não é responsabilizado quando o acto a imputar não dimanar de um órgão, de um representante ou de alguém que assuma o controlo da sua actividade ou de parte dela no exercício vinculado das suas funções. Esta é uma condição necessária para a responsabilização de entes colectivos, mas, para TERESA QUINTELA DE BRITO não é condição bastante. Assim, do artigo 11.º, n.º2, alínea a), deverá ser pela circunstância de ser a pessoa jurídica a determinar os elementos essenciais do crime – por via da existência de «condições criminógenas» na sua organização ou de uma «filosofia criminógena de prossecução do fim social» - que se irá *converter* o ilícito individual em ilícito colectivo, o mesmo sucedendo com a alínea b), do n.º2, do artigo 11º, como consequência da falta de organização e vigilância de determinados sujeitos que se considerasse apta a evitar o ilícito cometido no exercício da actividade social¹¹¹. Logo, o traço fundamental dos critérios de imputação do crime às pessoas colectivas no código penal português é o da heteroresponsabilidade, com a feição de *dependência* e *acessoriedade* face à actuação de agentes individuais que assumam uma posição determinada na pessoa colectiva – seja a de administrador, gerente, representante legal, órgão ou

¹¹⁰ - Cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 595 e 596.

¹¹¹ - Cfr. BRITO, Teresa Quintela de - “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, p. 220. A posição adoptada por esta Autora parte da compreensão da teoria que adopta do «domínio da organização para a execução típica do facto», e que significa “... um domínio da organização concretamente conformador da execução do ilícito típico, que a pessoa jurídica tem de exercer para poder ser responsabilizada pelo próprio facto cometido pela pessoa natural.” - *Idem*, p. 203. A ilustre Professora defende uma via que se demarca das restantes, numa espécie de *tertium genus* entre a heteroresponsabilidade e a auto-responsabilidade. A exigência de que a infracção seja cometida no interesse da pessoa colectiva intervém como fundamento autónomo da responsabilidade colectiva face à individual. De modo tal que, “[a] pessoa jurídica não se limitaria a responder pelo facto da pessoa física” sendo que “a infracção individual deve ter a sua génese e explicação na organização ou funcionamento e/ou filosofia de prossecução do objecto social implementados pela pessoa jurídica.” - v. BRITO, Teresa Quintela de - “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, p. 1237. Para haver imputação do facto criminoso do agente individual à pessoa colectiva necessário se torna apurar a concreta influência que esta teve no cometimento do facto. A ideia de «domínio sobre a fonte de perigo» que se espera da pessoa colectiva opera no sentido em que, o início, a execução e a consumação do ilícito-típico pode/poderia ter sido alterado a todo o tempo por *mera faculdade* da pessoa colectiva e estando ao seu alcance - *Idem*, p. 400. Só assim se poderá aludir a um verdadeiro facto colectivo.

director¹¹² - demandando-se uma dinâmica que faça com que - na sua actividade diária - cumpram o dever de acompanhamento dos assuntos internos e do desempenho de subalternos e colegas¹¹³.

Cumpra mencionar ainda o artigo 11.º, n.º6 onde se consagrou um fundamento de exclusão de responsabilidade penal de pessoas colectivas sempre que o agente individual que ocupe uma posição de liderança ou que aja sob a autoridade destes, actue *contra* ordens ou instruções expressas de quem de direito. Para GERMANO MARQUES DA SILVA¹¹⁴ tais ordens ou instruções, para lá da exigência de serem perfeitamente perceptíveis pelo seu destinatário, só poderão advir de órgãos da pessoa colectiva com competência para expressar a sua vontade, devendo representar um verdadeiro comando e não uma mera sugestão ou recomendação. Por seu turno, TERESA QUINTELA DE BRITO condiciona a *imputação* do facto criminoso à não emissão de tais ordens ou instruções, precisamente por denotarem a *ausência* do domínio da organização para a execução do facto típico e ilícito - o que é dizer, por expressarem a inexistência de um facto colectivo *próprio*¹¹⁵. A respeito deste n.º6 as opiniões

¹¹² - Diz-nos TERESA QUINTELA DE BRITO: "*Tal facto [individual] constitui o objecto da imputação (aquilo que se pune), mas não o fundamento da imputação (a razão por que se pune), já que o princípio da responsabilidade penal pessoal nos obriga a autonomizar e a dissociar a responsabilidade individual e colectiva.*" - BRITO, Teresa Quintela de - "Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual", 2012, p. 203.

¹¹³ - PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE evidencia a conformidade destes critérios de imputação com o princípio da legalidade criminal, enquanto critérios taxativos e não enunciativos, centrando a responsabilidade criminal das pessoas colectivas em actos de pessoas específicas e não descurando a necessidade de tais actos serem praticados em nome e no interesse daquelas. V. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - "A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas", 2006, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>.

¹¹⁴ - V. SILVA, Germano Marques da - "Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro", 2008, pp. 84 e 85. O Autor vai mais longe extraíndo deste artigo a presunção de que quando um subordinado age, ele age em observância de ordens ou instruções gerais relacionadas com o exercício das suas competências, gerando, assim, uma espécie de ónus da prova sobre a pessoa colectiva para demonstrar o contrário. É necessário, contudo, algum cautela com esta afirmação uma vez que não pode haver presunções de culpa ou nexos de imputação objectivos em sede de direito criminal - por mais que estes se afigurassem, *in casu*, práticos e eficientes na responsabilização do ente colectivo.

¹¹⁵ - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, p. 234. Faça-se notar, contudo, que a Autora discorda da redacção do n.º6 do artigo 11.º que, no seu entender, deveria consagrar *expressamente* uma causa de exclusão da responsabilidade penal de entes colectivos. Orientação intimamente ligada ao segundo fundamento que TERESA QUINTELA DE BRITO atribui à responsabilidade criminal de entes colectivos - afinal "[e]stes só podem responder criminalmente se, além de terem conformado e dominado a organização para a execução do facto (...) efectivamente dominarem a organização para a não comissão do crime" o que se verifica apenas quando "estiverem na sua disponibilidade

encontram-se divididas: trata-se, para uns, de uma causa de exclusão da culpa de pessoas colectivas que deverá ser por elas alegada e provada em sede de processo penal funcionando, à partida, um nexo de imputação objectivo contra as pessoas colectivas¹¹⁶; para outros, consubstancia o reforço da *ratio* que subjaz à responsabilização penal de entes colectivos, presente no momento do apuramento do facto colectivo e aquando da imputação do facto típico e ilícito à pessoa colectiva (e que se pode apresentar como a demonstração da ausência de uma filosofia empresarial criminosa, patente na emissão de ordens ou instruções contrárias à ocorrência do delito).

E que dizer do artigo 11.º, n.º7 do CP, ao determinar que a responsabilidade das pessoas colectivas *não exclui* a responsabilidade individual dos respectivos agentes, acolhendo a possibilidade de responsabilizá-los *cumulativamente*? Qual o significado a atribuir à expressão «nem depende da responsabilização» individual destes últimos? O artigo 11.º, n.º7 não formula de modo inequívoco a sua pretensão. Efectivamente, ao enunciar que a responsabilidade da pessoa colectiva não deve ser necessariamente acompanhada da impunidade do agente individual - deixando-se funcionar o regime de punibilidade das pessoas singulares - significa o dever de se cuidar de um eventual atentado aos princípios *ne bis in idem* e da responsabilidade por facto próprio? Ora, a nosso ver, este número vem dar guarida à *indispensável* diferença entre o *quid* por que se condenará a pessoa colectiva e a pessoa individual. Objectivamente, o *crime* alvo de condenação será o mesmo; não já o fundamento da punição, a culpa nele depositada e a própria finalidade conferida às sanções a aplicar. Acresce que a opção de responsabilizar penalmente entes colectivos de modo independente face à responsabilidade penal individual dos seus agentes indicia, segundo PAULO DE SOUSA MENDES¹¹⁷, a suficiência da prova de o *facto* ter sido cometido por alguém pertencente ao círculo de pessoas

as medidas organizativas, de gestão e fiscalização idóneas e necessárias para obstar à sua prática.” – *Idem*, pp. 669-670.

¹¹⁶ - Vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest?* - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”, 2010, p. 463, para quem parece resultar de uma conjugação entre o n.º2, alínea a) e o n.º 6 do artigo 11.º a implicação quase automática da responsabilização penal do ente colectivo – embora não concorde com ela: “[n]ão se nos afigura, pois, que a ausência de tais “ordens ou instruções expressas de quem de direito” seja o suficiente para se falar num “comportamento (por omissão) culposos apto a concretizar-se em culpa da pessoa colectiva.”

¹¹⁷ - Cfr. MENDES, Paulo de Sousa – “A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal”, 2003, p. 402.

delimitado por lei, prescindindo-se, contudo, da sua individualização e subsequente condenação. Ou, pelo contrário, impor-se-ia a identificação da pessoa singular e do seu facto típico, ilícito e culposo, como defende GERMANO MARQUES DA SILVA¹¹⁸ ou JORGE DOS REIS BRAVO¹¹⁹? Note-se que, neste seguimento, operaria a exoneração de responsabilidade da pessoa colectiva nos casos em que o agente que ocupe a posição de liderança seja declarado sem culpa. Ou seja, não bastaria o preenchimento do ilícito-típico, havendo que apreciar a culpa do agente singular. Com o devido respeito, não nos parece ser este o melhor entendimento, sendo bastante a prática de um acto típico e ilícito por um sujeito individual uma vez que, ente colectivo e pessoa singular, serão responsáveis por culpa própria e por facto próprio, não dependendo reciprocamente uma da outra (e não interferindo com a medida da sanção aplicável a uma e outra).

Por fim, a crítica que se impõe. FERNANDO TORRÃO condena os critérios de imputação fixados no código penal precisamente por não preverem uma solução para os casos de «total irresponsabilidade organizada», em que *cada* actuação individualmente considerada se não subsuma ao tipo de ilícito contido na norma penal, havendo portanto que agregar o «exercício de funções parciais das pessoas físicas» desenvolvidas no interesse da pessoa colectiva, para se imputar o crime enquanto facto *globalmente* criminoso - e que nenhum refúgio encontra no artigo 11.º do CP¹²⁰. Peremptória, TERESA SERRA avalia os critérios

¹¹⁸ - Vide SILVA, Germano Marques da - “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro”, 2008, p. 94. Para GERMANO MARQUES DA SILVA a culpa do agente físico “(...) é condição necessária [mas] não é condição suficiente para a imputação subjectiva do facto ilícito à sociedade; é ainda necessário que o crime do órgão ou representante tenha sido perpetrado em nome e no interesse da sociedade.” Ora, para o Professor é esta exigência de cometimento do crime em nome e no interesse da sociedade que confere a natureza de responsabilidade própria da pessoa colectiva – cfr. SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 270 a 274.

¹¹⁹ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 193-194.

¹²⁰ - Cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 341. Para estes casos a imputação processar-se-ia da seguinte forma: deveria estabelecer-se “os vínculos de cada um desses executores parciais com a pessoa colectiva dentro dos limites de uma relação de comissão e estando os respectivos comportamentos conexos com o exercício das funções que (formal ou materialmente) lhes competem”, imputando-se “(...) ao ente colectivo o conjunto do facto global, já que [é] à sua estrutura organizacional [que] se deve o comportamento concertado (...)”, naquilo a que o Autor vem denominar de «princípio da agregação» – *Idem*, pp. 342 e 343. Não se duvida da pertinência e razão de ser da crítica apontada pelo Autor, uma vez que se deixam sem consequências

de imputação do código penal português como demasiadamente «restritos» e «alargados» ao mesmo tempo: «restritos» na qualificação das pessoas susceptíveis de responsabilizar os entes colectivos e inerentes dificuldades práticas na sua delimitação/especificação; «alargados» porque, em termos práticos, uma vez condenados os agentes individuais a responsabilização da pessoa colectiva operaria quase que *automaticamente*¹²¹.

2.2 – No regime geral das contra-ordenações

Sucintamente, no que concerne ao Decreto-Lei n.º433/82, de 27 de Outubro (RGIMOS) é sabido que ficou consagrada a responsabilidade de pessoas colectivas ou equiparadas por infracções contra-ordenacionais, alastrando-a, *inclusive*, a associações sem personalidade jurídica. No artigo 7.º, n.º2 do RGIMOS o legislador determinou que aquelas entidades «serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções», o que é conforme a uma teoria orgânica adoptada em plenitude¹²². Ora, sabendo que a tendência – mesmo no âmbito do direito penal – é a de *alargar* o círculo de pessoas físicas susceptíveis de responsabilizar o ente colectivo, não espanta, pois, o rol de críticas que lhe são dirigidas. TERESA SERRA evidencia que este preceito remonta a 1979 (mormente ao Decreto-Lei n.º232/79, de 24 de Julho), permanendo intocado desde então, o que é agravado substancialmente pelo facto de se tratar de um critério de imputação de natureza geral, ou seja, que intervirá

situações de necessidade sancionatória *gritante*. Não obstante, o critério de imputação subjectiva do facto indicado pelo Autor poderia revelar-se de difícil execução prática, quando processado através de uma «agregação dos elementos psicológicos» das mesmas pessoas físicas que praticaram (fraccionadamente) o ilícito típico. Em sentido algo similar ao do texto, BANDEIRA, Gonçalo de Melo - «Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes colectivos. *À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, pp. 426 e 427, (embora a propósito do artigo 7.º do RGIT) na medida em que a necessidade de individualização do agente que cometeu o crime acarretará, quase sempre, a punição cumulativa com o ente colectivo, o que traz o óbice de “ (...) um facto criminoso insusceptível de individualização jurídico-penal e produzido por uma organização” ficar inevitavelmente e por força deste modelo “totalmente impune.”

¹²¹ - Vide SERRA, Teresa - “Establishing a basis for criminal responsibility of collective entities”, 1999, p. 213.

¹²² - Assim, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 321.

sempre que surja um novo diploma que contenha contra-ordenações e que seja omissivo no estabelecimento de um regime de imputação a entes colectivos¹²³. A Autora¹²⁴ acentua ainda a discrepância que se verifica entre o RGIMOS e sucessivos diplomas contra-ordenacionais especiais que têm vindo a ser consagrados e que, naturalmente, foram influenciados para prover ao alargamento do círculo de pessoas qualificadas a responsabilizar o ente colectivo. Um claro destaque vai para o CdVM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, que contém um regime de responsabilidade contra-ordenacional de entes colectivos de sentido um tanto ou quanto *oposto* face ao congénere; ora, o artigo 401.º, n.º2 do CdVM abrange os factos que tiverem sido praticados «no exercício das respectivas funções» ou em «nome» ou «por conta» da pessoa colectiva «pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores», dispensando qualquer referência ao desempenho de uma *posição de liderança* por parte destes e com a salvaguarda do disposto no n.º3.

TERESA QUINTELA DE BRITO “separa as águas”, evidenciando que não são exactamente as mesmas pessoas que desencadeiam a responsabilidade contra-ordenacional de entes colectivos e as pessoas que geram a responsabilidade penal destas. Para o Direito de Mera Ordenação Social avultam os órgãos, os representantes, os mandatários e até trabalhadores, por aqui subjazer a ideia de vinculação do ente colectivo à infracção por *violação de dever*¹²⁵, o que resultaria na consagração pelo artigo 7.º, n.º2 do RGIMOS do modelo de autoresponsabilidade colectiva¹²⁶. Para TERESA QUINTELA DE BRITO a

¹²³ - Vide SERRA, Teresa – “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas - A propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais. Problemas de (in)constitucionalidade”, 1999, pp. 194 e 195.

¹²⁴ - SERRA, Teresa – “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas - A propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais. Problemas de (in)constitucionalidade”, 1999, pp. 205 e 206.

¹²⁵ - Em contrapartida, para o Direito Penal deverão ser os líderes da organização a assumir o papel primordial, uma vez que têm autoridade para exercer o controlo da actividade colectiva e deverão estar “próximos” da execução do crime por parte de funcionários e outros membros da organização – cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos*, pp. 1240 e 1241.

¹²⁶ - V. BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, p. 1248, opinião que leva a que a Autora admita contraprova da ilicitude e da culpa por parte do ente colectivo, por contraposição à

existência de uma presunção de culpa ilidível no campo contra-ordenacional não chocaria de forma inadmissível com o Estado de Direito Democrático, porquanto as contra-ordenações existem sob a forma de deveres, reflectidos na atribuição de um papel social específico aos agentes, falando-se de uma censura por um comportamento defeituoso face ao dever imposto pela norma, motivo pelo qual devem ser menores as exigências de individualização da pessoa singular¹²⁷.

Embora TERESA SERRA reconheça que o disposto no artigo 7.º, n.º2 do RGIMOS traduz “(...) *um claro privilégio sancionatório atribuído a entidades colectivas num domínio em que, em regra, nem sequer se levantam as objecções que tradicionalmente se colocam no domínio da responsabilidade criminal* (...)”¹²⁸ – e que nem sequer encontra suporte substantivo para o efeito – a Autora afirma (apenas) a inconstitucionalidade orgânica dos diplomas que sejam introduzidos pelo Governo e que ampliem o critério de imputação face ao previsto no regime geral, uma vez que não estão habilitados pela necessária autorização legislativa¹²⁹. Não obstante, julga-se que assiste razão a PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que desde 2006 que avança com a impreterível necessidade de revisão dos critérios de imputação do direito contra-ordenacional vigente – por serem mais restritivos e apertados do que aqueles que viriam a ser consagrados no CP – sob pena de violação do artigo 18.º, n.º2 da CRP e da inadmissibilidade de uma intervenção mais ampla dos poderes públicos no direito criminal, face ao direito contra-ordenacional¹³⁰. E surpreende que a alteração aos critérios de imputação de responsabilidade contra-ordenacional a entes colectivos não tenha sido ainda encetada, atendendo, por exemplo, às afirmações contidas no Acórdão

orientação seguida por TERESA SERRA – que admite, “sem mais”, a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos factos praticados pelos seus órgãos e representantes - *Idem*, p. 1233.

¹²⁷ - BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, pp. 1230 e 1231.

¹²⁸ - SERRA, Teresa - Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas - A propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais. Problemas de (in)constitucionalidade, 1999, p. 207.

¹²⁹ - *Idem*, p. 206. Em sentido semelhante DIAS, Augusto Silva – “Crimes e contra-ordenações fiscais”, 1999, p. 443.

¹³⁰ - ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, 2006, <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>. Também no sentido da inconstitucionalidade material do critério de imputação preceituado no RGIMOS - BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, pp. 1254 e 1255, por violação dos princípios da intervenção mínima do direito penal, da proibição de privilegiamento sancionatório e do princípio da universalidade dos direitos e deveres para pessoas colectivas iguais.

do Tribunal Constitucional n.º23/2010, onde o TC foi mais longe, admitindo a responsabilidade colectiva objectiva por contra-ordenações. Assim, «o protagonismo na vida económica das grandes organizações estruturadas sobre a repartição de competências e a multiplicação dos centros decisórios, a consequente diluição da responsabilidade individual ou, até, a impossibilidade de descobrir o autor material da infracção fazem com que, em sede de ilícito contra-ordenacional, assuma especial relevância a “actuação em nome de outrem”, isto é, a responsabilidade do comitente por factos ilícitos do comissário» por *culpa in vigilando* da entidade patronal¹³¹.

¹³¹ - Para uma crítica a este acórdão v. BRITO, Teresa Quintela de - *Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos*, 2013, p. 1220.

CAPÍTULO III – BREVE ALUSÃO À QUESTÃO DA CULPA

Começaríamos este capítulo aludindo à consideração da natureza necessariamente *construída* da culpa de entes colectivos – ou, mais incisivamente – da sua natureza *normativamente* construída. A vontade das pessoas jurídicas resultará de uma atribuição valorativa à mesma, sendo que «o conhecimento ou a vontade» daqueles que agem fisicamente consubstancia «um elemento, entre outros, a valorar globalmente»¹³², pelo que a falar-se de *dolo* das pessoas colectivas este só poderá ser imputado com base em *indícios*.

Assim, no que concerne às pessoas colectivas, a doutrina diverge ora para um modelo baseado na teoria da identificação (de uma culpa atribuída ou *transferida*), ora para outro modelo, de culpabilidade da empresa (de culpa própria) ou, ainda, para um denominado modelo misto que parte da *transferência* do facto típico do agente individual para o colectivo, para depois eleger e graduar a sanção atendendo a uma culpa própria deste. Aqui chegados, cumpre relembrar que a escolha por um dos modelos de culpa do ente colectivo não se afigura simples, porquanto vá implicar o carreamento de um vasto leque de consequências. A enveredar pelo modelo misto, e num primeiro patamar, caberia reflectir acerca do momento em que se faz intervir a culpa própria da pessoa colectiva: deverá ela moldar, *ab initio*, os critérios de imputação legalmente estabelecidos ou intervir *a posteriori* como elemento a valorar para aplicação de uma sanção ou para exclusão da culpa? E em que consiste, afinal, a tão famigerada culpabilidade do ente colectivo e como pode ela sobrevir (e *sobreviver*) no seio de uma dogmática penal que, desde sempre, postulou o princípio da culpa como componente do princípio da dignidade da pessoa humana – excluindo, portanto, qualquer aplicação a entes abstractos?

Nas últimas décadas e um pouco por todos os ordenamentos jurídicos despontou o desígnio de criar uma categoria própria de culpa da empresa. Haveria que estabelecer a intenção delituosa da pessoa colectiva através de uma *corporate culture* revelada pela atitude, pela política adoptada na empresa, pelas

¹³² - Assim, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *apud* BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, II, 2012, p. 1050.

suas regras e procedimentos internos, enfim, pela prática diária já absorvida e reiterada pela organização; haveria que reconhecer a pessoa colectiva como destinatária de normas jurídico-penais e, subsequentemente, como sujeito de um dever de auto-organização e auto-regulação¹³³. Como acima referido, KLAUS TIEDEMANN surge na linha da frente como um dos principais defensores de um modelo de culpa própria de entes colectivos (de um modelo de autoresponsabilidade). Fê-lo com a criação de um modelo de culpa da organização, caracterizado por dispensar um facto individual de conexão e por fundamentar a responsabilidade de entes colectivos na violação de deveres *genéricos* de vigilância e controlo que sobre ela impendem. Ademais, neste modelo de KLAUS TIEDEMANN, a culpa colectiva é *reportada* a momento prévio ao da ocorrência do delito, pelo que o Autor recorre ao instituto que apelidou de «*omissio libera in causa*» (por contraposição à *actio libera in causa*) por forma a legitimá-la¹³⁴. Ora, ao constatar-se a dimensão e a complexidade das estruturas colectivas da actualidade e a impossibilidade de o Estado conseguir *controlá-las*, abriu-se as portas ao fenómeno da auto-regulação empresarial – fenómeno este que também pode ser explicado como o *reverso* da liberdade de auto-organização, de gestão e de escolha da actividade a prosseguir atribuída aos entes colectivos. CARLOS GOMÉZ-JARA DIÉZ, acérrimo defensor de um modelo de auto-responsabilidade penal empresarial, vê neste o derradeiro sistema de responsabilização penal de pessoas colectivas¹³⁵. Explorando a equivalência funcional entre o sistema psíquico humano e o sistema organizativo das pessoas colectivas, diz o Autor que a organização empresarial tem de revestir uma determinada complexidade interna, uma sinergia e dinâmica próprias, fazendo uma comparação relativamente aos menores não imputáveis no direito penal – assim considerados por não possuírem uma autoconsciência necessária à

¹³³ - Vide TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, pp. 28 e ss.

¹³⁴ - Apud BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 898.

¹³⁵ - Para CARLOS GOMÉZ-JARA DIÉZ, modelos dependentes da actuação de determinadas pessoas físicas (os modelos de heteroresponsabilidade) não encaixam adequadamente no núcleo do Direito Penal, estando *ad eternum* condenados ao fracasso pela dependência excessiva da necessária individualização de comportamentos de agentes físicos – e que levará, invariavelmente, à irresponsabilidade organizada – cfr. DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2006, p. 05:21.

compreensão e à motivação pela normas jurídico-penais¹³⁶. As palavras de ordem para a determinação dos entes colectivos susceptíveis de responsabilização penal seriam *auto-referencialidade* e *auto-organização*, fazendo surgir assim um actor corporativo, distinto de cada um dos «sistemas psíquicos subjacentes»¹³⁷. Ora, ao restringir o leque de entes colectivos responsabilizáveis e ao vincular a imputabilidade jurídico-penal destes a uma verdadeira capacidade de culpa, poderíamos falar então da manutenção da significação jurídico-penal da pena aplicável a estas organizações¹³⁸.

Concebendo a culpa como uma categoria sistemática, de requisitos normativamente fixados ante fundamentos socialmente consensuais, GÜNTER HEINE não vê qualquer dificuldade insuperável na criação de uma culpa própria das pessoas colectivas. Aliás, para o Autor, as categorias do dolo, da negligência e da consciência da ilicitude deverão ser apuradas por referência ao ser colectivo¹³⁹. Uma vez que os riscos das actividades empresariais são mais graves do que os riscos criados por qualquer sujeito individual, justifica-se a imposição de um *dever geral* de controlo sobre a actividade da pessoa colectiva. O Autor explica que a maioria dos casos de que o direito penal se deve ocupar representam o culminar de um desenvolvimento deficiente da empresa e dos

¹³⁶ - DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, p. 457.

¹³⁷ - Expressão utilizada pelo Autor para se referir aos agentes individuais que integram a pessoa colectiva. V. DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, p. 469. Em sentido semelhante, WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 79 e ss., para quem nem todos os tipos de colectividades podem ser susceptíveis de uma verdadeira culpa autónoma e *moral responsibility*, devendo afastar-se deste círculo de entes aqueles grupos cuja essência e identidade mudam sempre que ocorre uma modificação dos membros que a compõem. as políticas empresariais, os procedimentos operacionais, regulamentos internos e práticas institucionalizadas são a evidência clara dos objectivos, intenções, fins e conhecimentos da pessoa colectiva, não reduzíveis aos indivíduos que a compõem.

¹³⁸ - DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, p. 474.

¹³⁹ - Citado por BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, II, p. 1055, sendo que a afirmação do dolo colectivo dependeria do conhecimento detido «no plano da direcção» das secções e departamentos onde o crime ocorreu – *Idem*, p. 1057. Por exemplo, para JAMES GOBERT é viável falar de uma «moral accountability» relativamente a entes colectivos, tendo por base o incumprimento por parte desta de deveres de «due diligence». Em termos comparativos, diz o Autor que “[l]ike individuals, companies have the power to make choices, and, like individuals, they should be responsible for the foreseeable results of those choices. In some ways the failure of a company to practice due diligence is more culpable than individuals recklessness.” – v. GOBERT, James – “Corporate Criminality: new crimes for the Times”, 1994, p. 733.

seus riscos, não atribuível a pequenas decisões individuais, mas antes, a uma deficiência *duradoura* na previsão (e prevenção) dos riscos da exploração¹⁴⁰, pelo que um ilícito cometido seria a expressão de um processo de acumulação de uma gerência e organização defeituosas, nada tendo que ver com uma acção dominada pela vontade de um agente. Por conseguinte, qualquer membro da pessoa colectiva – por exemplo, um simples trabalhador – poderia determinar a responsabilidade de um ente colectivo a partir do momento em que se apurasse que o delito *poderia* ter sido evitado por políticas internas mais adequadas ou por um controlo mais eficaz por parte do ente colectivo¹⁴¹. ADÁN NIETO MARTÍN, por sua vez, veio enfatizar o modelo de culpa por defeito de organização como sendo matéria da *direcção* da empresa, chamando desde logo a atenção para o facto de se cair, muitas vezes, na criação de um dolo da pessoa colectiva absolutamente ficcional, resultante da soma indiscriminada de todas as parcelas de conhecimentos repartidos entre os indivíduos que integram a empresa, sem mais, o que levaria a concluir até pela existência de dolo colectivo em *todas* as situações¹⁴². Assim, é necessário que sejam os administradores a tomar as medidas razoáveis de controlo e gestão da empresa, devendo implementar uma ética empresarial no seu seio. Note-se, ainda, que o Autor delimita *temporalmente* este modelo de culpabilidade, defendendo que só existe culpa da empresa se o comportamento individual puser em relevo um defeito de organização que seja *permanente*, não aceitando a responsabilização criminal de pessoas colectivas por comportamentos individuais isolados¹⁴³, *i.e.* sem conexão

¹⁴⁰ - Cfr. HEINE, Günter - *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, p. 11 e 12.

¹⁴¹ - HEINE, Günter - *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, p. 6. TERESA QUINTELA DE BRITO critica esta orientação por levar a que, no fundo, a realização de um risco típico da actividade empresarial funcione como uma condição objectiva da sanção, reiterando que, nesta concepção de culpa, o resultado criminoso escaparia ao controlo dos sujeitos individuais intervenientes e ao próprio ente colectivo, pelo que a culpa deste não seria dirigida ao crime perpetrado, mas à «gestão errada do risco» - v. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, p. 905.

¹⁴² - *Apud* BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, II, 2012, p. 1057.

¹⁴³ - Cfr. MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 11. Em sentido semelhante, GERMANO MARQUES DA SILVA, afirmando que, quando nada na estrutura da empresa justifique uma responsabilização por um acto criminoso isolado, punir a pessoa colectiva representaria uma " (...) falsa

com os defeitos de organização estáveis ou estruturais e afastando o sancionamento da pessoa colectiva caso se demonstre a implementação de um código de prevenção eficaz¹⁴⁴.

Escorada nos ensinamentos de MARIA FERNANDA PALMA¹⁴⁵ acerca do direito penal português e da necessária interposição constitucional vertida nos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3 e 27.º, n.º2 da CRP, TERESA QUINTELA DE BRITO arguiu que a concepção de culpa tem de partir de uma *censura do facto* criminoso o que torna inadmissíveis concepções estribadas em uma «culpa pelo carácter» ou em uma «culpa pela condução da vida». No plano da culpa, o ente colectivo «deve sempre responder pelo facto» e pela «posição ou atitude desvaliosa» presente no facto, sendo que se deve censurar a pessoa jurídica “*pelo [seu] posicionamento de contrariedade ou indiferença (culpa dolosa), ou apenas de descuido ou leviandade (culpa negligente), face a esse dever-ser jurídico-penal*” contando que “(...) o facto típico, ilícito e culposo da pessoa jurídica nunca se confunde ou identifica com a conduta da pessoa física que agiu em seu nome e interesse, sob pena de a primeira se reduzir à segunda, negando, afinal, a realidade social e jurídica do ente colectivo.”¹⁴⁶ Daí que identifique, de imediato, o *calcanhar de Aquiles* dos modelos de culpa da pessoa colectiva pela auto-organização deficiente ou administração defeituosa do risco, pois que estas implicam a punição da pessoa colectiva pelo *perigo de realização* de factos penais do tipo ou espécie daquele que originou a responsabilidade e já não pelo concreto ilícito perpetrado pela pessoa singular. E tanto assim é que são os próprios defensores destes modelos de culpa a afirmar que o ilícito criminal funcionará como uma *condição objectiva de punibilidade* para o ente colectivo e não, segundo a Autora, como o *objecto* da imputação de responsabilidade à pessoa jurídica, como determina o direito penal¹⁴⁷. Tal

culpabilidade, um puro oportunismo utilitarista, uma construção totalmente artificial.” - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, p. 180.

¹⁴⁴ - V. MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 19.

¹⁴⁵ - Citada por BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 831 a 834.

¹⁴⁶ - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 871-872 e 873-874.

¹⁴⁷ - BRITO, Teresa Quintela de - “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, pp. 201 e ss.

condição destinar-se-ia a «comprovar *ex post* a perigosidade da falha organizativa»¹⁴⁸. Subsequentemente, para o ordenamento jurídico-penal português, a pessoa jurídica é censurada e punida pelo ilícito-típico correspondente ao crime praticado pela pessoa singular e só nesse sentido é que se pode dar por respeitado o princípio *nulla poena sine culpa*, pois que a culpa da pessoa colectiva tem de ser construída por referência à norma violada. Pelo contrário, os modelos acima explanados encaram o facto típico e ilícito como um mero «pretexto» ou «ocasião» para fazer operar a imputação do crime e não como *referência* da culpa da pessoa colectiva, o que significa dizer que, mais do que uma culpa na formação da personalidade, eles correspondem a uma responsabilidade objectiva da pessoa jurídica¹⁴⁹. Ora, o seu modelo do «domínio da organização da execução do facto típico» explica a imputação ao ente colectivo da *concreta infracção* da norma que corresponde ao crime, uma vez que o ilícito individual é moldado no seu essencial pela organização, não esgotando, contudo, o conteúdo do ilícito colectivo, que é necessariamente mais vasto¹⁵⁰. A isto corresponde o entendimento de que o facto típico cometido através da organização “(...) *pode e deve ser duplamente valorado, na perspectiva da responsabilidade individual e na da responsabilidade colectiva*” não estando em causa uma alegada “*dupla valoração do mesmo facto, nem, em rigor, uma dupla punição de pessoas diferentes pelo mesmo facto, porque ao menos a diversidade de fundamentos da imputação assegura a diversidade do facto.*”¹⁵¹ Neste seguimento, a pessoa colectiva só terá o «senhorio da execução típica» se ela tiver a *capacidade* ou *potencialidade* de adopção de medidas de organização, gestão, direcção ou supervisão necessárias e adequadas a obstar à prossecução e consumação do crime, em função do que seria de esperar de qualquer pessoa jurídica de natureza, dimensão e actividade semelhantes à da pessoa colectiva

¹⁴⁸ - *Idem*, p. 218.

¹⁴⁹ - *Ibidem*, p. 219.

¹⁵⁰ - Iguamente claro a este respeito, VIANA, João Matos – *A autoria na criminalidade de empresa*, 2007, pp. 38 e 39, ao dar por assente que uma empresa só pode responder penalmente quando um dos seus membros pratique um facto criminoso, sendo que ela (empresa) terá de responder pela sua “(...) *própria ilicitude sistémica, que está concretizada e materializada (que está espelhada) no facto individual do seu trabalhador*”, entendimento conexo com um modelo de culpa própria da empresa.

¹⁵¹ - Palavras de BRITO, Teresa Quintela de – “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, 2012, p. 223, acrescentando que o facto penalmente relevante ganha «duas expressões de sentido» sendo que a colectiva é, de certo modo, acessória da individual.

em causa, pelo que, no que respeita à concreta culpabilidade (ou como prefere a Autora, imputabilidade) já não se trata de uma *mera* capacidade ou potencialidade mas “*da efectiva disposição das medidas organizativas, de gestão, direcção e/ou fiscalização necessárias e adequadas para obstar à realização típica*”, o que dependerá “*da razoabilidade de exigir o cumprimento do dever geral organizativo-preventivo ao concreto tipo de pessoa jurídica em causa, na situação pessoal em que esta se encontra.*”¹⁵² Termos em que se pode concluir no sentido em que a Autora parece adoptar uma teoria da culpa assente em uma *violação de dever*, em uma noção de culpa social que se baseia no «“dever” de agir de acordo com as exigências do direito» e não no «“poder de agir de outra maneira”»¹⁵³, podendo e devendo falar-se de um conceito de culpa aplicável a entes colectivos que se funda num dever “*de desenvolvimento da sua actividade em conformidade com as exigências jurídico-penais*”¹⁵⁴, e que é revelado, à partida, pelo modo como o ente colectivo se organiza, funciona ou prossegue a respectiva finalidade. Numa orientação próxima da que é seguida por MARIA FERNANDA PALMA e GÜNTHER HEINE, TERESA QUINTELA DE BRITO procede à imputação subjectiva do facto ao ente colectivo como o resultado de uma valoração do *conhecimento* acumulado pelos sectores onde se deu o facto e pela direcção da pessoa jurídica juntamente com uma interpretação “*das circunstâncias objectivo-colectivas do facto punível à luz da linguagem social dos motivos, da intencionalidade e das suas formas*”¹⁵⁵, salientando que, para se determinar o dolo colectivo, não bastam os conhecimentos detidos pelos agentes singulares indicados no artigo 11.º, n.º2 do CP, sendo necessário os conhecimentos acumulados nos órgãos e «centros de liderança» da pessoa

¹⁵² - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 1081 a 1085.

¹⁵³ - *Idem*, pp. 838 a 847. A Autora referencia a posição defendida pelo Professor AUGUSTO SILVA DIAS, que também entende dever recorrer-se ao mediador normativo representado pelo *tipo social* de pessoa jurídica para se aferir da culpa desta, isto é, há que ajustá-la ao tipo social de agente enquanto «personalidade inserida num determinado mundo da vida».

¹⁵⁴ - *Ibidem*, p. 865.

¹⁵⁵ - *Vide* BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, II, 2012, pp. 1054 e ss. onde são também referenciados os Autores indicados.

jurídica¹⁵⁶. Numa orientação focada nos *corpos dirigentes*, FERNANDO TORRÃO avança dizendo que dificilmente se poderá prescindir de um conceito de culpa da empresa que deverá ser aferido através de órgãos dirigentes¹⁵⁷. Ou seja: a culpa dos órgãos dirigentes deve *estender-se* ao ente colectivo, com a teoria dos órgãos a ter aplicabilidade no plano da culpa, uma vez que é ao nível dos órgãos dirigentes que “(...) *se tomam as decisões estratégicas susceptíveis de virem a ser objecto de juízos ético-sociais de censura*”¹⁵⁸. Em particular, este Autor constrói uma culpa autónoma da pessoa colectiva somente para os casos em que se verifique uma *atitude criminal de grupo* - resultado da cisão das actuações executivas, dos poderes decisórios e da posse das informações relevantes entre diversos sujeitos - que iria conotar a pessoa jurídica de um «carácter ético-social» susceptível de juízos de censura e reprovação sociais¹⁵⁹. Esta culpa autónoma seria constituída pelo conjunto de culpas «individualmente atípicas» dos titulares dos órgãos superiores. Contrariamente ao que poderia parecer, a culpa a que este Autor se refere não é, verdadeiramente, uma culpa autónoma, reconduzível ao conceito de culpa autónoma de modelos de autoresponsabilidade. E isto porque FERNANDO TORRÃO faz derivar directamente da acção e da *culpa* de determinadas pessoas físicas o crime colectivo a imputar ao ente, não indo *além* destas¹⁶⁰. Termina FERNANDO TORRÃO dizendo que a eventual contraprova quanto à existência de uma deficiência organizacional ou de uma política de empresa indutora da prática do crime deverá funcionar como uma causa de exclusão da culpa do ente colectivo, a

¹⁵⁶ - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, II, 2012, pp. 1064 a 1068.

¹⁵⁷ - TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, p. 302. Recorrendo às palavras do Autor, “[s]ó havendo efectivamente uma deficiência organizacional que torne possível o crime, situada para além da responsabilidade individual das pessoas físicas, se poderá falar em necessidade punitiva das pessoas jurídicas. E sendo os órgãos dirigentes de uma empresa quem define a sua estrutura organizacional, a ideia de uma culpa autónoma da empresa (pela organização) não deverá deixar de situar-se, pois, nesse plano dos órgãos dirigentes.”

¹⁵⁸ - *Idem*, p. 355. Ainda a respeito pode lêr-se: “(...) em sede de tipo de ilícito subjectivo, os elementos a meter na conta da pessoa colectiva deverão ser aqueles que provêm exactamente da mesma pessoa física cujo comportamento objectivo se meteu também na conta da pessoa colectiva.” - *Ibidem*, p. 345.

¹⁵⁹ - TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 376 e 377.

¹⁶⁰ - Clara a este respeito, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 742 a 746.

que acresce que o crime praticado deve apresentar-se como a *materialização* de um risco aumentado ou não diminuído¹⁶¹.

Numa perspectiva ínsita a um modelo de *atribuição* da culpa (ou de culpa derivada), segue JORGE DOS REIS BRAVO por considerá-lo como um dado «mais realista» e que emerge da vontade formada pelos seus órgãos, sendo do comportamento *objectivo* e do tipo *subjectivo* presente nas pessoas individuais que executaram materialmente o crime que assentará a condenação da pessoa colectiva, respeitando-se a intransigente proibição de presunção de culpa em direito penal¹⁶². GERMANO MARQUES DA SILVA, em lógica algo paralela, explica que a culpa (construída) da pessoa colectiva terá por base a culpa dos titulares de órgãos e representantes. Para este Autor é decisivo que se observem os procedimentos para formação da vontade da pessoa colectiva - predeterminados legalmente – para se apurar da *culpa* do ente colectivo, presentes também nos seus estatutos. É através destes procedimentos que se forma e manifesta a *verdadeira* vontade da pessoa colectiva¹⁶³, sendo enfim, com a realização da conduta criminosa em nome e no interesse colectivo que se concebe a capacidade de motivação da pessoa colectiva e até o *móbil* do crime, o que para o Autor serve para cunhar a responsabilidade desta como uma responsabilidade *própria*¹⁶⁴.

¹⁶¹ - *Idem*, pp. 401 e 402.

¹⁶² - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 72 a 79.

¹⁶³ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 195 e ss. O Autor é assertivo quanto à necessidade de se responsabilizar a pessoa colectiva por *culpa* e *facto* próprios, não bastando a culpa de terceiro – *Idem*, pp. 258 e 259. Não obstante, afigura-se-nos que o Autor dá por verificada a culpa da pessoa colectiva mediante o cometimento de um *facto* em seu nome e no seu interesse, por parte de sujeitos que, de acordo com a lei ou com os estatutos sejam aptos a expressar a vontade colectiva. Assim sendo, não parece poder defender-se, aqui, uma culpa própria e autónoma das pessoas colectivas.

¹⁶⁴ - Assim, SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 265. Não obstante, TERESA QUINTELA DE BRITO caracteriza a posição adoptada por GERMANO MARQUES DA SILVA como de uma proposta de «teoria orgânica como critério de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas», desrespeitosa do disposto no artigo 11.º, n.ºs 2 e 4 – cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 585 e 586.

CAPÍTULO IV – COMENTÁRIO

Mudam-se os tempos, mudam-se as *necessidades*. Ajuizámos como inevitável a *flexibilização* do Direito Penal e o acolhimento no seu âmbito de matérias outrora inexistentes, com claro destaque para a tutela de bens jurídicos supraindividuais, merecedores de tutela penal. Não se pode descurar que o potencial de risco e/ou perigo que resulta da sociedade tecnológica e global para bens jurídicos e interesses constitucionalmente protegidos aumentou de modo exponencial, reconhecendo-se que o cometimento de uma infracção, hoje, pode atingir um sem número de cidadãos e projectar-se sobre gerações futuras, com um poder de disseminação à escala global. Não obstante, permanecemos em dúvida quanto à manutenção de um *único* direito penal, de essência e princípios homogêneos, radicada nas mesmíssimas categorias dogmáticas. Perante realidades tão díspares que se manifestam em *diferentes* exigências quanto ao nível do conceito de acção penalmente relevante, quanto à delimitação do *momento* e do *lugar* da realização do facto típico, bem como quanto ao nível da intensidade e do perigo de ofensa ao bem jurídico tutelado aptos a legitimar a intervenção do direito penal, somos tentados a conjecturar a *desfragmentação* e *descaracterização* sem igual do Direito Penal clássico. Razão pela qual se nos afigura pertinente a orientação adoptada por JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ de construção de um direito penal «a duas velocidades». A prevenção e a contenção dos novos riscos demanda o amortecimento de princípios básicos de direito penal, uma maior “margem de manobra” quanto à sua capacidade para intervir e sancionar agentes infractores, e, quem sabe até, interceder em prol da intensificação de protecção de bens jurídicos num estágio prévio ao da sua efectiva lesão ou em termos mais *objectivados*. Resultaria isto numa punição *atenuada* deste tipo de delitos face aos demais, como é preocupação de alguns sectores doutrinários? Cremos que não. E isto porque se ganharia em *imediaticidade* e *eficiência*, atingindo-se finalidades de foro estritamente preventivo, por via de uma intervenção *penal* mais rápida, mais eficaz e menos limitada por parte de princípios basilares do direito penal clássico, com a

previsão de sanções mais variáveis, dirigidas ao futuro e ao delinquente em particular, *corrigindo-o*.

Ora, no que à responsabilidade penal de entes colectivos concerne, sucede que é *fulcral*, quanto a nós, e numa primeira fase, a apreensão da natureza e funcionamento destes entes, para então se circunscrever as entidades susceptíveis de um enquadramento no direito penal enquanto sujeitos penalmente relevantes¹⁶⁵. Só *ulteriormente* é que se deve abrir o debate quanto aos termos em que esta responsabilização se pode processar. Assim, na senda de AUGUSTO SILVA DIAS teremos, realmente, dois conceitos relevantes de pessoa a operar no ordenamento jurídico. Por conseguinte, exaltamos os ensinamentos deixados pelos Autores CARLOS GOMÉZ-JARA DIÉZ, ADÁN NIETO MARTÍN e TERESA QUINTELA DE BRITO, *supra* referenciadas. Não deve ser a atribuição de personalidade jurídica a uma unidade organizatória a determinar o relevo penal de pessoas colectivas. Em ordem a reconhecer-lhes um lugar em direito penal, só a partir da existência de uma *organização*, de uma *instituição* que ganhe proeminência, que se demarque daqueles que a constituem e a gerem, pressupondo um modo de funcionar e uma dinâmica próprias que nos permita *autonomizá-las* dos seus titulares e directores, excluindo-se, claro está, qualquer heteroadministração. Só desta forma se evita, logo à partida, uma desconformidade com princípios substanciais do direito penal como o da proibição de dupla punição, bem como o da intransmissibilidade das penas.

Dos fundamentos apontados à consagração da responsabilidade penal de entes colectivos – todos eles *válidos* – sublinhamos dois: o do dever de auto-regulação, que funciona tanto numa vertente *justificativa* da responsabilização penal, como também numa vertente *finalística* da mesma e que se manifesta nas penas previstas para as pessoas colectivas e nas suas finalidades. Um exemplo claro desta *ratio* de auto-regulação e auto-organização é encontrada na *reacção penal* contra as chamadas *sociedades-fachada* e sociedades criminosas, objectos possíveis de aplicação da *pena* de dissolução – *ex vi* artigo 90.º-F do CP – precisamente por se tratarem de sociedades instrumentalizadas ou heteroadministradas e não se justificar a intervenção do direito penal para a sua

¹⁶⁵ - A concluir também neste sentido, ACHENBACH, Hans – “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, 1995, pp. 404 a 407.

reforma, perante o prognóstico de insucesso de quaisquer tentativas *correcionalistas* especiais subjacentes a certas penas e a inexistência de uma verdadeira *instituição*. O outro fundamento, omnipresente e algo *omnipotente*, é o da necessidade de responsabilização de entes colectivos. *Necessidade* em face da insuficiência da responsabilidade penal individual para a contenção da criminalidade de empresa; *necessidade* face às dificuldades de prova quanto ao (concreto) executor material do ilícito-típico conjugada com a reiterada irresponsabilidade individual organizada presente a organizações; *necessidade*, ainda, ante o papel primordial que as pessoas colectivas desempenham na actualidade e a imprescindibilidade de as integrar no âmbito de sujeitos passíveis de *responder* pelas consequências dos crimes que advenham da sua actividade com a aplicação de reacções sancionatórias. A estes aduz-se o *inegável* utilitarismo e pragmatismo que acompanham toda esta problemática.

Acrescentamos desde já a seguinte convicção: (quando possível) a responsabilização cumulativa dos agentes individuais e dos entes colectivos é a que melhor resposta dá aos ensejos de uma tutela penal condigna dos bens jurídicos lesados. As duas completam-se reciprocamente e incrementam a eficácia sancionatória e preventiva do direito penal. Contudo, e não raras vezes, surge a tentação de se seguir uma lógica de *correspectividade* nas medidas das sanções a aplicar ao ente colectivo e ao agente individual, *i.e.* tratando-se de um mesmo dano e de um mesmo crime, as duas condenações deveriam interferir reciprocamente na fixação judicial da medida e escolha da pena. Mas *logo* se deve afastar semelhante pensamento por trazer subentendido um raciocínio antagónico ao reconhecimento de uma responsabilidade *pessoal* de cada um dos agentes, de autónoma subsistência e *fundamentação*¹⁶⁶. Pessoa colectiva e agente singular *não* podem ser punidos por *culpa* idêntica, pelo que, bem andou o legislador nacional ao deixar consignado no n.º7 do artigo 11.º do CP que a responsabilidade das pessoas colectivas não depende da responsabilidade de agentes individuais, nem a afasta. Concluímos, assim, com MÁRIO MEIRELES (apoiado em FERMÍN JAVIER ECHARRI CASI) que será com a formulação de um

¹⁶⁶ - Recorrendo a um exemplo algo descontextualizado mas que ilustra o que veio de dizer-se, há que – após detectar a doença (crime) – administrar o fármaco adequado a cada um dos doentes (agente individual e pessoa colectiva) *desde que* se apure, em relação a cada um deles, a diferente *causa/sintomas* da doença.

juízo *autónomo* de reprovação (culpa) da pessoa jurídica que se evitará a identidade de *fundamentos* das sanções individuais e colectivas¹⁶⁷ e que não se violará princípios constitucionais básicos. As sanções penais a aplicar a entes colectivos serão necessariamente balizadas pelo *facto colectivo*, facto este mais *amplo* do que o facto individual, uma vez que o leque de deveres que recaem sobre a pessoa colectiva reportam-se à *totalidade* da organização, assim não sucedendo com os deveres que incidem sobre agentes com posição de liderança; em consonância, também o grau de *censura* e de *culpa* assacado à pessoa colectiva será *diferente* daquele do agente singular. Assinale-se que a previsão de punição cumulativa tem de ser acompanhada de cautelas acrescidas por iminente conflito com o princípio *ne bis in idem*, naqueles casos em que não se delimite, com rigor, as pessoas jurídicas susceptíveis de responder penalmente. Assim, em situações de inexistência de um ente colectivo autónomo e auto-administrado, degenerar-se-ia em uma dupla punição inadmissível dos agentes físicos, expressão da confusão de esferas jurídicas existente entre eles. Não se confunda esta situação com a da extensão dos efeitos nefastos das penas a terceiros, de entre os quais, os accionistas. A tomada de posição acerca destes membros não se afigura fácil. É verdade que os accionistas se encontram, pela ordem natural das coisas, em situação *relativamente* privilegiada, resultante da sua responsabilidade limitada, e que, como tal, raramente sofrem com os perigos associados à produção das empresas¹⁶⁸. Não obstante, não são eles destinatários de deveres de controlo ou vigilância sobre funcionários, deliberando apenas, quanto a linhas gerais e objectivos a alcançar através da empresa, pelo que se requerem cautelas na escolha da pena aplicável aos entes colectivos¹⁶⁹.

¹⁶⁷ - MEIRELES, Mário – *Pessoas colectivas e sanções criminais: juízos de adequação. (Contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas colectivas)*, 2006, pp. 88-89 (nota de rodapé 128).

¹⁶⁸ - A este propósito, cite-se, CELIA WELLS: “Shareholders are often introduced into the discussion as ‘innocent’, but this emotive terminology obscures the very role which brings them into the net in the first place: their financial involvement and thus their intimate ‘interest’ in the company cannot be written out of the account.” - cfr. WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, p. 166. Questão ligeiramente diferente é a de trabalhadores ou de outras empresas (economicamente) dependentes da responsabilizada que podem sofrer com as consequências das penas impostas, o que carece de alguma atenção.

¹⁶⁹ - Não é possível ficar indiferente aos argumentos apresentados por JOHN HASNAS em prol dos accionistas. Diz o Autor: “[t]he defining characteristic of the modern corporation is the separation of ownership and control. The shareholders, who own the corporation, have no direct control over or knowledge of the behavior of the corporate employees who commit criminal offenses. Hence, inflicting punishment on a corporation’s shareholders is punishing those who are personally

De igual modo, é comum argumentar-se com o efeito de deterioração da responsabilidade penal individual em decorrência da admissibilidade da congénere responsabilidade de entes colectivos¹⁷⁰. Caberá aos órgãos de investigação criminal e demais intervenientes processuais penais atribuir a cada qual a *quota-parte* de responsabilidade que legitimamente se lhes possa imputar, não devendo enveredar-se por facilitismos na hora de apurar responsabilidades – caminho que seria contrário ao valores do direito penal. Uma conduta criminosa individual será *sempre* alvo da correspondente condenação, contando que se verifiquem as categorias dogmáticas previstas para a responsabilidade de agentes singulares. A responsabilidade da pessoa colectiva não *substitui*, nem impede a responsabilização destes. No máximo, e atendendo à dimensão das estruturas organizacionais da actualidade, será, em primeira linha, o próprio funcionamento destas a levar à falência da responsabilidade penal individual (face à especialização dos agentes e à cada vez maior divisão de trabalho existente) e não a responsabilização de entes colectivos pelas consequências que se lhes atribuam. Por outro lado, invoca-se que o modelo de responsabilidade indirecta poderá descambar em uma imputação jurídico-penal *forçada* de factos ao superior hierárquico de modo a alcançar-se a responsabilização penal das pessoas colectivas. Este é um bom argumento e a respeito do qual não se pode afiançar que não vá suceder no futuro. Tudo residirá nas concretas exigências que se façam quanto ao facto e à culpa da pessoa colectiva em ordem a distingui-los, em efectivo, de simples factos que provenham ou sejam permitidos pelos superiores hierárquicos. Ademais, faça-se valer que um modelo do género

innocent of wrongdoing for the offenses of others. How can punishing the innocent advance any of the legitimate purposes of punishment?”, acrescentando que “[t]hreatening innocent shareholders with punishment for the offenses of culpable corporate employees may be an effective means of reducing criminal activity within business organizations, but it does not constitute the type of deterrence that can justify criminal punishment in a liberal legal regime.” - HASNAS, John - “The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, 2009, pp. 1339-1340.

¹⁷⁰ - Assim, ADÁN NIETO MARTÍN faz constar que, por exemplo, no direito anglosaxónico, metade dos processos de direito penal empresarial têm como única processada a pessoa colectiva - MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 4. Mas uma leitura cuidada impõe-se: boa parte do apuramento das responsabilidades em causa será potenciado pelo regime de imputação que se preveja nos ordenamentos jurídicos. No caso português é imprescindível “descer” até aos executores materiais e agentes em posição de liderança para se conseguir responsabilizar a pessoa colectiva. Ora, tal não sucede desta forma quando os modelos adoptados se assemelham aos modelos de *vicarious liability*, por exemplo, que levam quase a um *desinteresse* pela identificação e responsabilização de agentes físicos.

(indirecto) se mostra mais *seguro* e *exigente* do que os modelos assentes em uma *vicarious liability* ou mais *restrito* em face de modelos de *autoresponsabilidade*. Em conexão, tem razão de ser a defesa apresentada por TERESA QUINTELA DE BRITO de que, ao defender-se a desnecessidade de identificação do agente individual que cometeu o crime, menores serão as possibilidades de exercício do direito de defesa por parte da pessoa colectiva, em confronto com o disposto no artigo 32.º, n.º10 da CRP¹⁷¹.

No que especificamente concerne ao artigo 11.º do CP cumpre tecer algumas considerações. Consabidamente, ele pressupõe o modelo de heteroresponsabilidade. No entanto, louvámos a evolução que demonstra, explanada no n.º4 do artigo 11.º, por contraposição à simples teoria da identificação/orgânica. Exigir para a qualificação do agente individual a concreta assunção de uma *posição de liderança*, denota o relevo do desempenho de competências como o *controlo*, a *vigilância* e a *autoridade* no seio da organização como factores-chave. Denota, por conseguinte, a notável renúncia a modelo que se assemelhe a uma *vicarious liability* ou *strict liability*, de longe inaceitáveis no nosso direito penal. E, de certo modo, alimenta a ideia de que o *nível hierárquico* do infractor pode *prelucir* uma maior *culpabilidade* da empresa, restrita ao sentido de que, a estarem envolvidos no crime agentes com *posição de líder* na estrutura organizacional da pessoa colectiva, então - muito certamente - vêm tais comportamentos no rescaldo de uma atitude empresarial interna criminosa ou de uma débil ética empresarial.

A condição de que o facto seja cometido *em nome* e *no interesse* da pessoa colectiva (exigível até aos próprios órgãos e representantes), ainda que não se encontrasse prevista na lei seria *naturalmente* de se exigir, porquanto não se pode tratar de um facto subtraído às funções do agente singular no âmbito da actividade da pessoa colectiva. O agente individual tem de agir no desempenho de competências para as quais foi *habilitado* pelo ente. Importante é o sentido a atribuir à condição de cometimento do crime no *interesse* da pessoa colectiva. Ele tem de ser cometido *em razão* da pessoa colectiva e dos seus fins, *para ela*, em seu *benefício* – não necessariamente patrimonial! – e em termos objectivos, ou

¹⁷¹ - Cfr. BRITO, Teresa Quintela de – “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, 2013, p.1248.

seja, factor impulsionador da infracção tem de haver sido o objectivo de melhorar ou facilitar o funcionamento da pessoa colectiva ou realizar algo intimamente relacionado com o sistema organizacional no seu todo e do seu *modus operandi*. Como *reflexo* dele. Ora, olhando à alínea a), do número 2, do artigo 11.º, não se descarta que o seu campo de aplicação primordial será liderado pelas pequenas e médias empresas, atenta a sua estrutura simplificada e de hierarquia linear, a par da verificação de que os responsáveis máximos possuem não só competências de decisão como também a *integralidade* dos conhecimentos e das informações substanciais acerca do *ponto da situação* das actividades das pessoas colectivas¹⁷².

Por sua vez, o critério de imputação previsto no artigo 11.º, n.º2, alínea b) apresenta-se como um verdadeiro *plus* que intenta estender a imputabilidade das pessoas colectivas a factos praticados por agentes subordinados – portanto, simples trabalhadores – com a condição de o facto por eles cometido só poder ter sido possível devido à violação de deveres de vigilância ou controlo que incumbem a alguém que ocupe uma posição de liderança. É para nós óbvia a influência neste critério de imputação de modelos de responsabilidade assentes em uma *culpa in vigilando* e até, resquícios de alguns dos fundamentos apresentados por defensores de modelos de autoresponsabilidade de entes colectivos numa vertente de *defeito de organização*. Não obstante, o traço específico e marcante desta alínea b) está na interposição de um *sujeito físico* entre a responsabilidade penal da pessoa colectiva e a actuação do agente subordinado. Não basta, em termos genéricos, uma violação de um dever de controlo e vigilância por parte da pessoa colectiva. O artigo 11.º, n.º2, alínea b) impõe a aproximação ao caso concreto, a subjectivização desses deveres num sujeito físico determinado e em relação a um concreto sector da estrutura organizacional da empresa – precisamente, aquele em que o crime ocorreu. Estamos ante uma admirável tentativa em ir mais além. Ainda assim, semelhante critério pode tornar-se dúbio aquando da sua exequibilidade prática. Por que

¹⁷² - Como é destacado por JOÃO MATOS VIANA, em estruturas organizacionais complexas, o modelo de heteroresponsabilidade pode enfrentar sérios problemas, funcionando de «forma aceitável» em empresas pequenas, onde as relações são «compreensíveis» e as tarefas distribuídas por um conjunto limitado de pessoas – v. VIANA, João Matos - *A autoria na criminalidade de empresa*, 2007, p. 108.

não admitir directamente a responsabilidade da pessoa colectiva nestas situações, uma vez verificada a sua falha, quando censurável? Uma vez provado que a pessoa colectiva em causa tinha a capacidade e os meios para criação de medidas adequadas e razoáveis a obstar ao ilícito e o não fez? Como discernir a culpa do sujeito com posição de liderança e a culpa da pessoa colectiva? Mais a mais, quando a pessoa colectiva será responsabilizada por um crime cometido pelo trabalhador (A) em virtude, não de uma co-autoria com o agente em posição de liderança, mas de um seu *descuido* que simplesmente tornou possível a realização do delito por parte do trabalhador (A). Teríamos assim duas condutas humanas desvaliosas (em graus diferentes) a serem imputadas ao ente colectivo.

Para obedecer ao artigo 11.º do CP, a pessoa colectiva tem de ser condenada por um *crime*, o *mesmo* crime que poderá ser objecto de responsabilização individual do seu executor. É na procura da influência do espírito de contrariedade ao direito da organização ou daquele *mais*, daquele *excesso de responsabilidade e de censura* quanto ao facto a imputar ao ente colectivo e na transformação deste em um facto da colectividade, que se *justifica* a conformidade ao princípio fundamental da responsabilidade por facto próprio. Ora, salvo melhor parecer, o artigo 11.º do CP fica *aquém* das expectativas. Quando caracteriza os critérios de imputação previstos neste artigo como sendo demasiadamente *restritos* na qualificação dos sujeitos capazes de imputar um delito ao ente colectivo, TERESA SERRA tem, em parte, razão. Em parte porque a alínea b), do número 2 do artigo 11.º tentou alargar a responsabilização a certas actuações de trabalhos e outros funcionários. A crítica já não opera em termos absolutos como poderia operar se o artigo 11.º contemplasse uma pura teoria orgânica. Ainda assim, não se descure as amarras/adstrição que representa a imposição de uma omissão por parte de *agentes físicos qualificados* e determinante da comissão do ilícito. Por outra parte, quando afirma que os critérios são demasiadamente *alargados*, tal afigura-se verdadeiro, embora não exactamente nos termos em que a Autora o deduz. Não é por se detectar que, uma vez ocorrendo a *condenação* do agente singular se segue, de imediato, a condenação do ente colectivo. Já se viu que não é necessária a condenação do agente físico, bastando a sua identificação. O grande problema está no corpo do texto do artigo 11.º, que faz com que da sua aplicação resulte uma certa

automaticidade (que não é só aparente) da condenação de entes colectivos uma vez apurada a identificação do agente individual e da conduta delituosa. E a maior prova disso resulta do número 6 do artigo 11.º, que leva a que boa parte da doutrina, conscientemente ou não, faça operar uma presunção de culpa sobre os entes colectivos. Ao invés de funcionar como uma causa de exclusão da culpa – ou verdadeira “válvula de escape” para a pessoa colectiva – este número tem levado a que, ao não fazer prova da existência de ordens ou instruções *expressas* (!) de quem de direito, a pessoa colectiva seja responsabilizada. Parte-se, assim, da ideia de que os sujeitos físicos actuaram em conformidade com os parâmetros de funcionamento e com as “metas” estabelecidas pela pessoa jurídica – o que significa afirmar que ou bem que a pessoa colectiva prova a existência destas ordens ou instruções, ou então a inexistência delas faz *presumir* de imediato a culpa de uma pessoa colectiva, o que não pode suceder. Ademais, o artigo 11.º do CP é omissivo quanto à questão da culpa da pessoa jurídica, parecendo adoptar um modelo de culpa atribuída.

Muito mais elaborada e consentânea com as exigências do direito penal português é a posição defendida por TERESA QUINTELA DE BRITO relativamente a este preceito e que se enaltece. Devidamente fundamentada na sua exposição, a Autora denota uma constante preocupação com a *adaptação* das categorias dogmáticas penais ao complexo problema representado pela responsabilização penal de entes colectivos e pela sua natureza, visando, acima de tudo, criar condições para que se possa considerar estar diante de uma responsabilidade por facto e por culpa próprias das pessoas colectivas¹⁷³. Isto é particularmente notório quanto à “leitura” que dá aos critérios de imputação previstos no artigo 11.º, n.º 2 do CP, em que a ilustre Autora demanda que a estrutura organizacional se manifeste, *logo*, no campo do cometimento do ilícito-típico. Não temos dúvidas, pois, de que se trata de uma posição doutrinária que melhor se adequa às exigências do direito penal português, mais até do que o próprio artigo 11.º do CP, razão pela qual se torna patente que a doutrina de

¹⁷³ - Parecendo aceitar o modelo de hetero-responsabilidade complementado por elementos da teoria da organização como o modelo mais adequado a manter a responsabilidade penal de pessoas colectivas enquadrada nos princípios e regras gerais da responsabilidade criminal - DIAS, Augusto Silva - *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, 2008, p. 116.

TERESA QUINTELA DE BRITO extrapola (embora para melhor) o disposto no artigo 11.º, ao fazer exigências e ao impor condições que este artigo não postula.

Posto isto, cumpre destacar que a análise que se tem vindo a fazer partiu sempre de uma perspectiva de *direito constituído*. Não temos quaisquer dúvidas quanto à necessidade de fazer a pessoa colectiva responder pelas consequências negativas e lesivas de direitos que advêm do exercício da sua actividade. Questão diferente é a análise e adequação do artigo 11.º do CP; é aceitar, com um elevado grau de convicção e certeza, que a responsabilização penal de entes colectivos é *legítima*, é enquadrável no direito penal português e se apresenta como a mais adequada, eficiente e de *ultima ratio*.

Por ora, adiantamos a nossa não-conformidade com um conceito de culpa penal de pessoas colectivas. O princípio da culpa consubstancia (um)a máxima fundamental do direito penal, representando o oposto de uma responsabilidade objectiva. Conceber a culpa como *reprovação jurídica*, como *juízo de censurabilidade* dirigido a um sujeito pela prática de um facto ilícito não é errado, mas simplesmente incompleto¹⁷⁴. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹⁷⁵ assevera que “[a]firmar (correctamente) que culpa é censurabilidade nada diz sobre aquilo que materialmente se censura: se o facto na sua revelação objectiva, se a inobservância da norma de dever quando o agente podia cumpri-la; se a personalidade ou atitude interna manifestada no facto que a fundamenta.” Vingou (e bem) a concepção normativa de culpa, estribada na ideia de uma censurabilidade por o agente ter agido como agiu, por ter escolhido o caminho contrário à norma quando poderia ter seguido em conformidade com ela, não primacialmente na óptica de uma culpa da vontade, mas de um conceito social de culpa. Evidentemente, uma pessoa colectiva pode ser alvo de censura jurídica (caso contrário, nem sequer em outros ramos de direito tal poderia suceder). Mas a censura jurídico-penal não é uma censura igual às demais. Em relação à pessoa colectiva diz-se ser possível a construção de um conceito normativo de culpa, integrado por uma culpa social. Os entes colectivos teriam assim o poder de agir de outra forma, por

¹⁷⁵ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*, I, 2011, p. 513. O ilustre Professor acrescenta: “[o] mais que pode desde já dizer-se é que retirar todo o substrato ao conceito de culpa, transformando-o em “puro juízo de censura”, é a solução que furta ao conceito o cumprimento da função que deve desempenhar no sistema e fora da qual ele perde o seu carácter irrenunciável e sem alternativa.”

deles se *esperar* ou *exigir* que o fizessem. As pessoas colectivas, à imagem do ser humano, seriam dotadas de uma autoconsciência no sentido de uma auto-referencialidade. Ora, poderá *mesmo* falar-se de uma autoconsciência ou autodeterminação de pessoas colectivas em termos reconduzíveis aos que o direito penal originariamente visou e construiu?¹⁷⁶ É correcto perder-se de vista o carácter *ético* desde *sempre* atribuído ao direito penal, à culpa penal e até mesmo à pena, para *forçosamente* se incluir estes entes no seu âmbito? Do conteúdo material de culpa penal participa necessariamente uma conotação ética, que assenta na liberdade do Homem, na sua autoconsciência e motivações interiores e na sua plena autodeterminação na sociedade, “*expressão da autonomia e da inviolabilidade na regência da sua conduta pessoal*”¹⁷⁷. Como poderemos integrar entes colectivos, enquanto realidades abstractas e construídas pelo Direito, num ramo jurídico consabidamente estabelecido e vocacionado para pessoas singulares, para o ser humano, radicado no princípio da dignidade da pessoa humana a que se reconhece uma função de garantia e, acima de tudo, de limite à intervenção penal? Como não envidar esforços para a construção de um direito específico de pessoas colectivas à imagem do que já sucedeu com o direito penal de menores ou de inimputáveis adultos¹⁷⁸? As pessoas colectivas são por *natureza* sujeitos insusceptíveis de enquadramento em um direito penal que se quer absolutamente individual e humanista na sua essência. O Homem decidiu-se a *si* e *sobre si* mesmo. Ora, a *personalidade* colectiva, a *corporate culture*, o *espírito de grupo* vai sendo inevitavelmente modelado pela conduta das pessoas físicas que dirigem a pessoa jurídica. Não é por acaso que é entendimento de muitos que, com a responsabilização penal de entes colectivos, se pretende transmitir uma advertência aos membros que a compõem para que adequem a estrutura organizacional do ente à prevenção de delitos que possam ocorrer. É a própria *alteridade* - enquanto marco característico da pessoa

¹⁷⁶ - Para AUGUSTO SILVA DIAS somente é necessário que o delinquente compreenda o sentido da atribuição da culpa – isto é, que esse sentido lhe seja acessível - o que não significa que ele tenha de interiorizar o «sentido da culpa» nem que tenha de contrair «um sentimento de culpa» - vide DIAS, Augusto Silva - *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, 2008, pp. 170 e 171.

¹⁷⁷ - Palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, I, 2011, p. 514.

¹⁷⁸ - Não colocando entraves dogmáticos a esta via, vide FERNANDEZ, Miguel Bajo – “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, 1981, p. 378.

colectiva - que impede a sua consideração como um verdadeiro ente autoconsciente, autónomo e com plena liberdade na sua vontade como pressupõe a culpa penal¹⁷⁹.

Senão vejamos: o que possui de verdadeiramente típico – no sentido de correspondência à previsão da norma incriminadora – o *facto* que é atribuído à pessoa colectiva? Um facto que, de acordo com os princípios do direito penal, tem de ser *pessoalmente* censurado ao agente. Ora, salta à vista que aquilo que realmente se censura ao ente colectivo é a *falta de organização devida* ou de auto-regulação, ou seja, a violação de normas de dever organizacionais e de prevenção/contenção de riscos e perigos, nada tendo que ver com a violação das *normas de conduta* em que os tipos incriminadores assentam. ANTÓNIO MENEZES DE CORDEIRO explica que “[q]ualquer norma de conduta – permissiva ou de imposição – será sempre, em última análise, acatada por seres humanos conscientes, o que é dizer, por pessoas singulares capazes.”¹⁸⁰ Dito isto, a relação existente entre o facto que *alegadamente* se diz constituir o objecto de culpa da pessoa jurídica (representado pelo facto típico e ilícito) e aquilo que realmente se censura à pessoa jurídica – a falta de organização devida – é *causal e indirecta*. Isto é, a falta de organização que se censura ao ente colectivo representa a criação de um ambiente propício ao cometimento do ilícito, ilícito este que tanto pode ser ou não despoletado, que tanto pode ser ou não cometido – numa lógica bem mais consentânea com a ideia de perigo ou de risco - porquanto tenha sempre de partir de um *extra*, de uma actuação de outros (o que é ainda mais notório quando esses outros realizam *individualmente* um facto típico, ilícito e culposo). A relação entre a pessoa colectiva e o ilícito-típico não é *directa*, o que faz com que a violação das normas de dever por parte do ente colectivo só *indirectamente* visem proteger bens jurídicos. O que nos leva a pensar que a

¹⁷⁹ - FERNANDO TORRÃO reconhece que a criação de um conceito de culpa colectiva é de grande utilidade político-criminal, embora seja «apto a descaracterizar nos seus fundamentos a própria noção de culpa individual» por esta se encontrar «ao serviço do indivíduo e da sua autonomia ética», não podendo a dogmática jurídico-penal aplicável a entes colectivos seguir a dogmática penal de pessoas singulares. Não se descarta que o Autor defende a criação de uma «nova noção de culpa» aplicável a entes colectivos, com a *particularidade* de este novo conceito de culpa não se alhear «de uma certa ideia de perigosidade» - v. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 81 e 82.

¹⁸⁰ - E veja-se que semelhante afirmação é proferida tendo por referência o direito civil, a que não subjaz qualquer conotação ou raiz ética. V. CORDEIRO, António Menezes - *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, 2000, p. 72.

imputação que se faz às pessoas colectivas é estritamente normativa e abstracta, com uma clara falta de subjectivização e de “mão própria” da pessoa colectiva sobre o facto e que nos impede de visualizá-lo como um derradeiro facto da pessoa colectiva¹⁸¹.

E o caso não muda de figura quando a discussão se desloca para o campo do dolo e da negligência – muito provavelmente, até torna a temática mais abstracta. Estes dois conceitos representam um importante resquício da concepção *psicológica* de culpa, concepção esta que, embora substituída pelo conceito normativo de culpa, permaneceu ínsita à categoria dogmática da tipicidade¹⁸². Estão aqui em causa aspectos inerentes a motivações interiores, escolhas pessoais e atitudes íntimas face ao Direito e às suas normas, insusceptíveis de verificação em entidades da natureza das pessoas colectivas, pelo que os resultados a que se chega – seja através de uma agregação de vontades de agentes físicos ou de conhecimentos acumulados por determinados sectores da pessoa colectiva - consubstanciam uma “intencionalidade metafórica”¹⁸³. É certo que também a averiguação do dolo é feita em termos de

¹⁸¹ - Interrogando-se no sentido do texto, ALEX VAN WEEZEL: “*A la persona jurídica se la “castigaré penalmente” por la infracción de un deber de cuidado cuyo objeto es (impedir?, desincentivar?) la conducta autorresponsable y dolosa de otra persona, muchas veces la misma que debía cumplir ese deber de cuidado en el nombre de la persona jurídica.*” – cfr. WEEZEL, Alex van – “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2010, p. 135. Na óptica de FERNANDO TORRÃO não se apresenta sequer como «político-criminalmente útil» a criação daquilo que considera ser uma «ficção de culpa própria da pessoa colectiva», passando por cima da realidade de que ela advém de pessoas físicas, assentes nas teorias dos sistemas sociais autopoieticos. Para além de que estas teorias comportam o perigo de um «excessivo afastamento da realidade social e de obnubilação do papel da pessoa singular no sistema» - cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 377 a 379.

¹⁸² - Embora no âmbito da presente dissertação não tenha sido possível analisar o elenco de crimes constantes do artigo 11.º, n.º2 do CP, não podemos deixar de manifestar a nossa estranheza ao ver elencados neste artigo crimes que atentam contra a liberdade sexual (como o crime de coacção sexual (artigo 163.º), violação (artigo 164.º), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º) ou abuso sexual de pessoa internada (artigo 166.º)) ou contra a autodeterminação sexual (como o crime de abuso sexual de crianças (artigo 171.º), abuso sexual de menores dependentes (artigo 172.º) ou actos sexuais com adolescentes (artigo 173.º)) e, como tal, susceptíveis de serem imputados a entes colectivos, cuja *realização* se refere exclusivamente a indivíduos e que pressupõe componentes motivacionais e executórias essencialmente dependentes de uma vontade humana, que não se podem reconduzir a qualquer culpa organizacional. Igualmente neste sentido, vide BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 207, que acrescenta um outro argumento importantíssimo: como conceber sequer que uma pessoa singular realize um destes tipos incriminadores *em nome e no interesse* da pessoa colectiva?

¹⁸³ - Expressão de HASNAS, John – “The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, 2009, p. 1332, arguindo que não se podem criar *estados mentais de grupo*, pelo

valoração social de determinados comportamentos. Não obstante, face às pessoas colectivas operaria, necessariamente, uma total normativização do dolo e da negligência colectivas, por natural ausência de um referente factual subjectivizado e real. Termos em que caíramos ou numa culpa *atribuída* a entes colectivos (materializando-se em uma transferência da culpa de um agente individual para o ente colectivo) inadmissível em direito penal ou em uma culpa (normativamente) construída, razão pela qual não a reconhecemos como merecedora (ou susceptível) de integração no núcleo duro do direito penal.

Subsequentemente, não deixamos de ver nos modelos de autoresponsabilidade a resposta a muitos dos problemas deixados por modelos que se atêm aos sujeitos individuais. Não só mais pragmáticos e eficientes, eles evidenciam o juízo de censura que é feito aos entes colectivos e o relativo distanciamento face ao facto típico e ilícito, demonstrando que a censurabilidade sobre a pessoa colectiva tem de ser reportada à norma violada - e essa é a norma de dever de auto-organização.

Por fim, a par com FERNANDO TORRÃO, julgamos faltar uma (adequada) solução para os casos de total irresponsabilidade organizada – pelo menos uma que, em termos práticos, consiga verdadeiramente solucionar estes casos – sendo uma das situações mais alarmantes trazidas pelo desenvolvimento e criação de pessoas colectivas. Como afirma o Autor, a irresponsabilidade organizada termina muitas vezes com a inexistência de qualquer responsabilização ou com a punição de alguém que não é o verdadeiro responsável ou não é o *único* responsável no contexto da organização¹⁸⁴. Seria necessário estabelecer um sem número de nexos causais e nexos de imputação que se revelaria insustentável face à certeza e provas que o direito penal demanda para que haja uma condenação. Daí que se termine esta parte da dissertação indagando: não seria tudo isto devidamente resolvido por referência a uma perigosidade associada aos entes colectivos? A uma ideia de risco que despoletasse uma responsabilidade *objectivada* nos seus meios, mas que ainda

que “[n]o theory of corporate criminal liability can justify punishing an entity that is not capable of morally blameworthy behavior.” – *Idem*, p. 1333.

¹⁸⁴ - Cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 372 e 373.

tomasse o delito como critério mediador para escolha e determinação da sanção a aplicar aos entes colectivos? Arriscaremos, pois, com uma resposta afirmativa.

∞ PARTE II ∞

DAS FINALIDADES DA PENA E DOS SEUS LIMITES

Para defesa do ordenamento jurídico-penal e do conjunto de valores e interesses que lhe são inerentes, reservou-se um instrumento sancionatório *sui generis* que tanto o define, como o faz demarcar-se dos demais ramos jurídicos existentes pelos efeitos que podem ser originados a partir deste instrumento. Referimo-nos, evidentemente, à pena. A função que se atribua à pena caminha lado-a-lado com a função que se atribua ao Estado, não se podendo conceber a pena como um engenho ao serviço de uma justiça absoluta desvinculada da política¹⁸⁵. Assim, é através do estudo das consequências jurídicas do crime que se conseguirá atingir a devida apreensão da função do direito penal no seu todo, a par do facto ou comportamento criminoso.

O direito penal é apelidado de direito constitucional legislado, sendo legítimo se cuidar, em primeiro lugar, da defesa de bens jurídicos emanados da CRP e respeitar os princípios por ela ditados. Ora, no que concerne às penas, afigura-se elementar o respeito pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação¹⁸⁶, bem como da falta de idoneidade de uma defesa eficaz através de outros meios jurídicos menos prejudiciais e restritivos de direitos, que se revelassem suficientes à protecção dos bens jurídicos a tutelar¹⁸⁷. De igual modo, examinar as sanções criminais é sinónimo de indagar

¹⁸⁵ - Neste sentido, SANTIAGO MIR PUIG “[...] [há que] *reconocer abiertamente la vinculación axiológica expresada entre función de la pena y función del Estado.*” - *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de derecho*, 1982, p. 15.

¹⁸⁶ - O sistema punitivo irá sempre balançar-se na procura de um equilíbrio entre a protecção da ordem jurídica e a gravidade deste género de consequências jurídicas e os seus efeitos sobre um cidadão, ficando por diversas vezes a dúvida sobre se a *emenda não será pior que o soneto*. O impacto do sistema penal pode despoletar efeitos piores do que aqueles que pretendem ver remendados. “[...] *Um inocente obviamente ficará com lesões psicológicas (ou morais, para se usar outro registo) gravíssimas ao passar pelas malhas do processo, e certamente com danos irreversíveis se vier a ser condenado. E um pequeno infractor (um “bom malandro”) poderá tornar-se num grande criminoso.*” – palavras de CUNHA, Paulo Ferreira da – “Das penas e dos seus fins. Recordando narrativas fundadoras em direito penal”, 2011, p. 15.

¹⁸⁷ - Esta é, indubitavelmente, uma das questões que nos moveu na elaboração da presente dissertação e que irá subjazer à Parte III, no âmbito da qual nos debruçaremos sobre as sanções legalmente estipuladas para as pessoas colectivas. *Vide, infra*, pp. 157 e ss.

sobre quais as finalidades que lhes são atribuídas ou que lhes deveriam ser¹⁸⁸, pelo que é impreterível recorrer à evolução da discussão dogmática a seu respeito e atentar ao ponto da situação no ordenamento jurídico nacional.

É lugar-comum na doutrina penal a afirmação de que o problema das finalidades da pena “(...) é tão velho quanto a própria história do direito penal (...)”¹⁸⁹, sendo que “(...) poucas questões têm dividido, tanto e há tanto tempo, as opiniões de filósofos e criminalistas. Já os Gregos as discutiram;”¹⁹⁰, sucedendo que ainda hoje se mantém aberto a discussão, dividindo correntes doutrinárias e evoluindo com o decurso do tempo... e das vontades. E não se postergue esta infundável contenda com o argumento de que é desprovida de efeitos práticos ou úteis, porquanto assunto puramente teórico e alimentado para bel-prazer de teóricos e penalistas, encontrando-se o direito penal pressionado por outro género de problemas, bem mais urgentes e complexos. Não se nega esta última parte. Mas, ainda assim, fazemos por não esquecer que os critérios para a escolha e determinação da medida da pena vêm beber parte da sua justificação a esta fonte teórica que envolve efectivas consequências para os agentes criminosos consoante as finalidades que são nomeadas¹⁹¹; simultaneamente, é a jusante do Direito Penal que irá desaguar uma considerável parte dos esforços dirigidos à edificação de um Direito Penal sólido, legítimo e eficiente, pois que, em última instância, o que contribuirá para a manutenção e eficácia do Direito Penal serão as consequências previstas para os agentes incumpridores da lei e os efeitos que se ensaja sobre toda a sociedade.

¹⁸⁸ - Afinal, como nos dá conta FARIA COSTA, a pena é genericamente concebida como um mal, mas não um mal gratuito, não um mal destituído de qualquer perspectiva de bem fazer. Ela corresponde a uma “(...) realidade mais densa que se refracta em pluralidades axiológicas positivamente relevantes.” Cfr. COSTA, José de Faria – “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, 2008, p. 874.

¹⁸⁹ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2011, p. 43.

¹⁹⁰ - SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 137.

¹⁹¹ - Precisamente neste sentido, SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo – “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, 2007, p. 8: “La determinación o la individualización judicial de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines o de los criterios generales de legitimación de la pena.”; PATTO, Pedro Vaz – “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, pp. 381 e ss.; ou DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 79.

É então sob o mote: “[t]oda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica.”¹⁹² que se avança na procura da melhor forma de ver preenchido o princípio da necessidade como princípio basilar do direito de punir.

¹⁹² - Frase redigida por BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*, 2009, p. 64.

CAPÍTULO V – DAS CLÁSSICAS TEORIAS ACERCA DAS FINALIDADES DA PENA

Caminhe-se por onde se caminhar, de uma maneira ou de outra, toda a evolução e debate doutrinários ao longo dos séculos reconduz-se a duas teorias essenciais sobre as finalidades da pena. São elas as Teorias Absolutas e as Teorias Relativas, estas, por sua vez, repartidas entre os defensores da teoria da prevenção especial, por um lado, e os defensores da teoria da prevenção geral, pelo outro. Verifica-se actualmente que, em resultado de uma combinação das qualidades de umas e outras, haverá que conhecer também de uma terceira sorte de teorias: as Mistas. Avancemos, então, por uma *brevíssima*¹⁹³ exposição destas teorias intemporais.

1. TEORIAS ABSOLUTAS

Estas Teorias irromperam de pensamentos filosóficos antigos, explanados pelo princípio de talião (*olho por olho, dente por dente*), passando por representações de cunho religioso, transcendente e pela busca de uma justiça divina humanizada na pessoa dos juízes¹⁹⁴. Commumente distinguidas por postularem a essência da pena criminal na retribuição, as teorias absolutas concebem o facto criminoso não só como *pressuposto* necessário da aplicação de uma pena, mas também como *medida* da própria pena. De olhos postos no facto pretérito e nos efeitos nocivos provocados, haverá que prover à retribuição,

¹⁹³ - Brevíssima, genérica e algo simplista. Não o afirmámos de ânimo leve, contudo. É deveras uma problemática que tem tanto de fascinante, como de profundo, complexo e filosófico. Um pouco por toda a parte, os estudiosos de direito penal pronunciam-se sobre o assunto, e os apaixonados, debruçam-se sobre ele, com deleite. Infelizmente, no âmbito do presente trabalho, obrigámo-nos a cingir-nos ao que de mais fundamental se nos pareceu. Ainda assim, uma consulta à obra de RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, servirá como um excelente repertório da dimensão desta causa; e, pela simplicidade, lucidez e brio com que escreve aliado à magnitude do impacto que a sua obra revestiu, considera-se como de leitura obrigatória BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*, 2009 (v. referências bibliográficas).

¹⁹⁴ - Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2011, pp. 45 e ss.

haverá que compensar o mal do crime com o mal da pena e desta forma providenciar pela expiação do agente, procurando-se a justa paga pelo crime que o agente cometeu. Não há como, nem por que pretender outros desígnios com a aplicação de uma pena, uma vez que ela se basta com a correspondência entre o facto cometido, a culpa demonstrada e a pena aplicada, sendo a pena um fim em si mesma¹⁹⁵. A pena é castigo e é legítima enquanto castigo, provendo às expectativas da comunidade e da vítima e, subseqüentemente, erradicando intentos de vingança e ajustes de contas pessoais na medida em que a justiça que o caso reclama já foi devidamente alcançada.

Ora, aludir às doutrinas retributivas é fazer menção aos filósofos KANT e HEGEL e às suas configurações específicas sobre a pena¹⁹⁶. KANT e a defesa de uma concepção da pena enquanto *imperativo categórico*, enquanto exigência que ultrapassa toda e qualquer ideia de necessidade ou utilidade social de uma condenação, fazendo da pena um instrumento ao serviço do ideal de justiça, de modo tal que uma sociedade e o seu Estado não pudessem dissolver-se, sem que antes fosse executado o último dos assassinos¹⁹⁷. KANT e a sua completa desacreditação num direito penal vocacionado a *utilidades*, que não confira total supremacia à dignidade do ser humano, que é um fim em si mesmo e não um *objecto* a ser utilizado para afectar a comunidade. Numa perspectiva diversa, HEGEL propunha a consideração da pena enquanto «negação da negação», funcionando como uma espécie de anulação do crime e subsequente reafirmação do direito violado. Para este autor, só é justa a pena que olha o Homem como ser racional e autodeterminado, pelo que, chegava a conceber a pena como um verdadeiro direito do delinquente. Isto é, uma acção humana voluntariamente exercida e oriunda de um ser racional, ao ver-se sancionada com uma pena

¹⁹⁵ - E isto, independentemente de se reconhecer a existência de outros efeitos socialmente úteis pela aplicação de uma pena a um criminoso, que não assumiam outra feição que não a de meros resultados colaterais ou reflexos, insusceptíveis de qualquer previsão fundamentada ou ponderação na determinação da pena merecida.

¹⁹⁶ - Veja-se SANTIAGO MIR PUIG a respeito destes ilustres “[...] fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, KANT y HEGEL, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia.” – PUIG, Santiago Mir - *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1982, p. 26.

¹⁹⁷ - Vide RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 163 e ss.

ilustra, precisamente, o reconhecimento da eminente dignidade e liberdade do ser humano, o respeito pela sua vontade e consequente responsabilidade¹⁹⁸.

As críticas às teorias absolutas não se fizeram esperar, a ponto de hoje, as teorias absolutas serem recusadas *in limine* como teoria sobre as finalidades da pena¹⁹⁹. Aponta-se-lhes a total ausência de referentes materiais para a *quantificação* do mal e do dano provocado pelo facto criminoso de modo a fazer repercuti-lo *integralmente* na condenação do agente. Muito frequentemente, censura-se estas teorias por não proporcionarem qualquer auxílio aquando da escolha da pena a aplicar, com a agravante de não raras vezes se verificar uma incompatibilidade entre os dois principais critérios aferidores da medida da pena - intensidade do ilícito e gravidade da culpa do agente - que podem manifestar-se em sentido divergente²⁰⁰. A afincada limitação ao facto passado e às suas consequências carece, a bem da verdade, de alguma atenção, pois pode até suceder que a gravidade e a extensão dos efeitos de um crime escapem, em concreto, ao controlo da vontade e previsibilidade humanas e à concreta culpa do agente. Nesse seguimento, haveria que retribuir o mal do crime plasmado no dano real ou em outra grandeza, de valor meramente simbólico? Ademais, não pode a pena ser concebida de modo a transformar o Estado numa espécie de agente da justiça divina ou moral, num *justiceiro*; efectivamente, a secularização do direito penal trouxe a distinção fundamental entre castigo e pena, acrescida do abandono de concepções teológicas subjacentes ao direito penal. Ele deve limitar-se a permitir a cada um dos seus cidadãos a realização, dentro dos limites positivados na lei, da sua pessoa e da sua existência, com respeito pelos demais

¹⁹⁸ - Exaltando a formulação retributiva de HEGEL, SCHÜNEMANN, Bernd - “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía, Pensamientos sobre Immanuel Kant”, 2008, p. 10: “*De esta manera, si veo correctamente, del arsenal de la teoría absoluta sólo queda una única vía argumentativa, a saber, el pensamiento de que el castigo y la pena podrían ser deducidos de la propia máxima de conducta del autor, de tal manera que este, con su propia conducta criminal, implícitamente propaga su propio castigo y – en la célebre formulación de Hegel – “es honrado como racional” por medio de la pena.*”

¹⁹⁹ - A título de exemplo, ANABELA MIRANDA RODRIGUES entende que não existem “(...) condições mínimas de sobrevivência de uma teoria absoluta da pena estadual”, uma vez que a justiça penal requer a verificação da sua «racionalidade», «praticabilidade» e «eficácia». Há que reconduzir a aplicação da pena à “... produção de efeitos socialmente úteis para o indivíduo e para a colectividade.”, o que não se coaduna com uma visão da pena enquanto fim em si mesmo. - cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 181 e ss.

²⁰⁰ - Vide, críticas às teorias absolutas de SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 244 e ss.

salvaguardando aquele mínimo ético e essencial a um sã e segura vivência em sociedade²⁰¹. Por último, e certamente a pedra de toque no rol das críticas dirigidas às teorias absolutas, é o do seu total alheamento e desconsideração pelos efeitos provocados na sociedade com o cometimento de um crime bem como daqueles que decorrem necessariamente da aplicação de uma pena, isto é, a absoluta indiferença pela atribuição (ou procura) de uma utilidade social inerente à pena e aliada à finalidade de salvaguarda do ordenamento jurídico.

Não obstante as críticas apresentadas às teorias absolutas, julga-se as suas virtualidades superiores às suas imperfeições, não fosse o princípio da culpa um seu legado²⁰², elevado, por todos, a máxima fundamental e inultrapassável do ordenamento jurídico-penal, impondo o tratamento do homem segundo a sua liberdade e dignidade pessoais. A culpa é condição imprescindível para aplicação de uma pena a um agente - *nulla poena sine culpa* –sendo, para nós, consensual a aceitação do princípio da culpa unilateral, *i.e.* condenar-se-á um agente numa pena desde que pressuposta a culpa e espelhada na determinação da medida da pena, o que nos remeterá, *infra*, para a questão da justa retribuição ou neo-retributivismo. Damos por irrefutável a sua recusa como teoria sobre as finalidades da pena, com a certeza de que, não obstante, a concepção retributivista (pura) beneficia, ainda, de uma marcada correspondência a sentimentos ancorados na comunidade.

²⁰¹ - Segundo alguns Autores é esse o fim para que o Estado pode furtar a cada cidadão aquele mínimo indispensável de direitos, liberdades e garantias em conformidade com o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP. O fim do Estado e do direito penal é o de protecção de bens jurídicos, não o de castigar prevaricadores. Espelhando, assim, as doutrinas de DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 48; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, para quem o direito penal preventivo encontra arrimo no texto constitucional português o que torna “... inquestionável a legitimidade da dimensão secular-final do direito penal” *cfr.* - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 254 e ss.; ou ainda PUIG, Santiago Mir - *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1982, p. 40: “(...) la pena ha de cumplir (y sólo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no desar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico.”

²⁰² - Finalizando sobre o mérito das teorias absolutas, FIGUEIREDO DIAS: “...qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena (...).” *v.* DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 47.

2. TEORIAS RELATIVAS

Em pólo oposto às teorias absolutistas estas, por sua vez, vieram avançar com a abertura da pena à realidade social e à realidade do próprio agente. Situadas no tempo e no espaço, elas variam de acordo com os diferentes contextos sociais, culturais e históricos, sendo *relativas* porque ao serviço de outras utilidades que não o de mero castigo do agente criminoso. Reconhecem a pena como um *mal* mas vêm exigir mais dela; vêm exigir que encerre um sentido social-positivo, que procure a derradeira finalidade de prevenir futuros crimes e sustentar a delinquência. É o reconhecimento de que a pena não se dirige somente aos *já* delinquentes ou meramente potenciais, mas a toda a sociedade.

Adiante-se, desde já que, na vanguarda da recusa destas teorias se encontrava a circunstância de *objectificare* o delinquente, ser humano, tratando-o como um género de *amostra-exemplo* para a restante comunidade, suportados na prossecução dos desejáveis fins utilitários a alcançar com a aplicação de uma pena. Significaria isto, no fundo, a instrumentalização do Homem enquanto meio para atingir um fim, ideia que repugna, peremptoriamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, este argumento tem razão de ser, *quanto baste*: um perscrutar pela jurisprudência dos tribunais nacionais permitirá concluir que, situações há, em que opera o incremento da medida da pena com propósitos de acção social e de sensibilização da sociedade - veja-se as conhecidas condenações em penas exemplares em áreas como a criminalidade rodoviária ou o tráfico de estupefacientes. Como se verá, serão princípios como o da necessidade, proporcionalidade e culpabilidade a trazer o necessário equilíbrio às finalidades a que a pena se deve propor.

As teorias relativas são habitualmente divididas em duas correntes: a da prevenção geral e a da prevenção especial²⁰³. Aquela, toma a pena como instrumento destinado preferencialmente a actuar sobre a sociedade como um

²⁰³ - Com grande simplicidade, SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 202: “A prevenção especial vê o crime como sintoma do carácter anti-social do agente; a prevenção geral, como actuação deste, relevante de per si; a primeira dá importância preponderante ao criminoso, a segunda ao crime;”.

todo, visando afastá-la do cometimento de crimes e a prover à manutenção e vigência da norma jurídico-penal *qua tale*; esta, eleva a pena a instrumento de actuação sobre o agente que delinuiu. Para uma melhor exposição, cumpre analisá-las separadamente.

2.1 – A prevenção geral

FEUERBACH, no começo do século XIX, foi um importante expoente da prevenção geral, na sua vertente originária de prevenção geral negativa ou de intimidação, apoiado na conhecida tese da «coacção psicológica», que representa, precisamente, a necessidade de se criar, através da pena, um contra-motivo forte o suficiente para fazer recuar pretensões criminosas, havendo que ameaçar com um mal maior do que o do *dissabor* de se não cometer o crime²⁰⁴. Decorrência do natural «poder apetitivo» que caracteriza o ser humano, que faz com que queira realizar acções que lhe tragam prazer, benefícios ou ganhos, afastando-se daquelas que o não tragam, importa atribuir à pena a função de difundir a mensagem de que, quem segue a via do crime, sofre mais desvantagens do que vantagens. As sanções criminais funcionariam, pois, como uma ameaça, ameaça esta patente na concreta possibilidade de uma sua aplicação e na efectividade da sua execução. A prevenção geral negativa identifica a pena como um mecanismo de dissuasão geral, de intimidação de potenciais prevaricadores que, ao assistirem ao sofrimento infligido aos delinquentes e aos efeitos que acarreta uma sanção criminal, tendem a permanecer afastados do caminho do crime.

Sucede que, não raras vezes, a experiência histórica demonstrou que disposições sancionatórias assentes em finalidades de intimidação rapidamente descambaram em um direito penal do terror, com penas absolutamente desproporcionais ao facto criminoso e, em consequência, directamente violadoras da dignidade da pessoa humana. Aferir do *quantum* da pena ancorados na prevenção geral negativa, afigura-se tarefa praticamente

²⁰⁴ - Acompanhando a exposição de SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 184 e ss.

impossível, fazendo vingar o puro pragmatismo e eficiência²⁰⁵. Ela desconsidera, em absoluto, o efeito educativo e de potencial desvio do delinquente da prática futura de novos crimes. Ela esquece a necessidade de satisfação da consciência jurídica geral mediante a (re)afirmação da norma penal violada e do bem jurídico subjacente. Por fim, ela não visa qualquer proporcionalidade entre a pena e a gravidade do crime²⁰⁶.

Na finalidade de prevenção geral positiva as coisas são perspectivadas de modo diferente. O Estado, devidamente legitimado para o efeito, deve servir-se das penas para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das normas jurídico-penais, restaurando a paz jurídica perturbada. Pretende-se, assim, uma combinação entre (i) providenciar pela inquebrantabilidade da ordem jurídica e (ii) fortalecer os padrões de comportamento adequados às normas, através da manutenção da confiança na sua validade, a par de uma subsequente interiorização pela sociedade de valores socialmente aspiráveis e transpostos para a lei. Aqueles que confiam numa norma determinada e que agem em conformidade com ela devem, pois, ver-se confirmados pela confiança que depositaram²⁰⁷. Por essa via, fácil é de ver a correspondência existente entre o aumento de determinada criminalidade e o necessário incremento da severidade das penas aplicáveis por imperativos de prevenção geral positiva.

Ora, nem esta teoria de contornos mais abstractos e, aparentemente, menos intrusivos na esfera da liberdade de cada um é isenta de críticas, das quais se destaca as que lhe são dirigidas pela Escola Positivista que a reconhecem como um efeito útil da pena; contudo, um efeito útil meramente secundário, mediato e inevitável que decorre da aplicação de penas. Um problema que lhe é frequentemente apontado respeita à inexistência de critérios para se aferir da consciência jurídica comunitária, do que é necessário para

²⁰⁵ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 53.

²⁰⁶ - Problema indicado por PATTO, Pedro Vaz - "Reflexões sobre os fins das penas", 2008, p. 397.

²⁰⁷ - A pena "(...) age no sentido de fortificar, ajudar a construir, ou dar certa direcção a sentimentos, a modos habituais de conduta, que excluem ou repelem a formação ou o valor de ideias e impulsos criminosos." - citação de SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 280, para cujo Autor a prevenção geral apresenta a capacidade de fornecer um critério objectivo que orienta acerca do máximo e do mínimo de sofrimento penal a infligir, aptos a afastar as pessoas do cometimento de crimes.

manter a sua confiança no ordenamento jurídico e alcançar a desejada interiorização dos valores subjacentes²⁰⁸. No fundo, dizer que esta não pode servir convenientemente à determinação da medida concreta da pena, por desatender a factores fundamentais como a personalidade do agente infractor e a sua relação com o facto encetado e, por outro lado, atender a certo tipo de factores voláteis como a inquietação comunitária geral ante a prática de um crime, a indignação geral para com o delinquente ou o sentimento de piedade face à vítima - factores assumidamente ineptos para valerem como referência para a determinação da pena a aplicar, dada a instabilidade, fácil mutabilidade e falta de objectividade que os caracteriza e que não se coaduna com a segurança exigida ao direito penal²⁰⁹.

2.2 - A prevenção especial

Neste âmbito é obrigatória a referência a FRANZ VON LISZT para quem a intimidação, a correcção e a inocuição constituíam as finalidades imediatas da pena a actuar sobre o próprio delinquente²¹⁰. Contrariamente à teoria a que se

²⁰⁸ - Expondo as críticas apontadas à teoria da prevenção geral pela Escola Positivista, SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 195 e ss. Efectivamente, diz não ser possível averiguar, em termos científicos, o número de dias, meses ou anos de prisão que se teria de aplicar a um agente de um furto para se evitarem, em geral, furtos domésticos, por não ser possível determinar com suficiente rigor a qualidade e quantidade de pena a aplicar para se evitar, na sociedade, a prática de crimes. A teoria da prevenção geral conduziria, assim, a um sistema penal «não científico, dominado por um empirismo vulgar».

²⁰⁹ - Seguindo de muito perto SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 232 e ss.; Discorrendo acerca das restrições ao direito penal, bem como das limitações ao conceito de prevenção geral positiva, PUIG, Santiago Mir - “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, 1986, p. 58: “*Un tal Estado [Democrático de Direito] ha de restringir el Derecho penal mediante una serie de límites, y no solo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros. El concepto de prevención general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos límites armonizando sus contradicciones recíprocas (...).*”

²¹⁰ - O Autor alemão procedia a uma divisão dos delinquentes existentes em três grupos distintos: os delinquentes ocasionais, para quem a intimidação pela pena se mostrava suficiente; os delinquentes habituais, carecidos já de correcção e porque susceptíveis de correcção; e, por último, os delinquentes incorrigíveis como aqueles sobre os quais não seriam aplicáveis ideais correcionalistas. Num passo seguinte, estas características ditariam consequências variadas, respectivamente, de intimidação, de correcção (com a finalidade de *melhorá-los*) e de inocuição, de modo a torná-los inofensivos. Sobre este ponto *cfr.* RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 321 e ss.

acabou de aludir, a prevenção especial preocupa-se, na sua essência, com os efeitos da pena sobre a pessoa do delinquente, sendo marcadamente de cunho individual. Interessa à sanção criminal a modificação do espírito do delinquente e não já um seu *sofrimento* mediante a aplicação de uma pena. Para uns, a prevenção especial deveria dirigir-se à intimidação individual mediante a atemorização do delinquente até um ponto em que não voltasse a delinquir. Noutros casos, contudo, tal não se mostrava suficiente devendo a prevenção especial ir mais longe e lograr a defesa social através da separação, da segregação do agente face à sociedade, com vista à sua neutralização ou inocuização – é a vertente negativa ou de neutralização da prevenção especial. No seio desta teoria ganharam particular ênfase as doutrinas correcionalistas, assim designadas por intentarem conferir à prevenção especial uma conotação de *emenda* do agente, no sentido de se lhe instigar a uma reforma interior, a uma sua mudança moral vocacionada à adesão a valores que conformam a ordem jurídica (e que replicam, naturalmente, o dever ser socialmente aceite).

Para outros, contudo, haveria que atender à vertente da prevenção especial positiva ou de ressocialização, cujo fim a atingir seria o de *socializar* o criminoso, o de inseri-lo adequada e condignamente na sociedade em que se integra, não numa perspectiva de mudança coactiva, mas de integração suficientemente apta a acautelar uma eventual reincidência no crime. Se o agente prevaricador acata, se absorve os valores e os toma como verdadeiramente seus, é algo a respeito do qual o direito penal não *por que e como* asseverar, pelo que deve bastar-se com a não violação da ordem jurídica por parte daquele²¹¹. A este respeito veja-se,

²¹¹ - Note-se que a vertente correctiva da pena não é incondicionalmente aceite pela doutrina. A este respeito, ANABELA MIRANDA RODRIGUES defende que o efeito de reinserção social ou de integração na sociedade, resultante da aplicação de uma pena, só pode almejar uma «adaptação externa» à lei penal, um respeito liminar pelas normas jurídico-penais de modo tal que se abstenham da prática de crimes, e já não uma sua imposição coactiva. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 377. Não obstante, a páginas 381 da mesma obra, a Autora vem reconhecer que, efectivamente, na ausência desta «aceitação» dos valores subjacentes às normas penais, é menor a eficácia das penas. Peremptoriamente, DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 55: “Em definitivo, do que deve tratar-se no efeito de prevenção especial é, bem mais modestamente, de – com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico – criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes. Neste último sentido se podendo afirmar com justeza que a finalidade preventivo-especial da pena se traduz – e se traduz só – na “prevenção da reincidência”.

ainda, as ideias expendidas pela Escola Positiva, de conhecido pendor correcionalista, para quem a determinação da natureza, qualidade e quantidade da pena deve ter única e essencialmente em vista o fim de evitar a prática de novos crimes pelo delinquente, corrigir e abolir a sua perigosidade, admitindo, para o efeito, que o juiz aplique uma pena que não seja definitivamente determinada ou fixa, condicionando-a à evolução demonstrada pelo criminoso – eis o marco característico da doutrina desta Escola, que é, simultaneamente, a sua debilidade²¹².

A teoria da prevenção especial vê-se confrontada com alguns problemas, em especial, o da carência de legitimidade por parte do Estado e da sociedade para imporem, coactivamente, a modificação nas concepções e crenças do delinquente, numa espécie de *parametrização* daquele²¹³. Recorde-se que é muito ténue a linha que separa estas posições doutrinárias da sua iminente colisão com a liberdade de autodeterminação do delinquente, intimamente conexa com princípios jurídico-constitucionais fulcrais como é o da dignidade da pessoa humana. Adiante-se que qualquer perspectiva que pondere tratamentos coactivos de cariz psicológico ou médico aos delinquentes, para “curá-los” de inclinações ou tendências criminógenas, são de recusar *in totum*. Mais a mais, naqueles casos ditos de corrigibilidade, para além de se condenar o agente numa pena que perdure até à neutralização da sua perigosidade - penas de duração indeterminada, portanto – pode dar-se o caso de se não lograr a socialização daquele, ficando o juiz, *ab initio*, numa posição de plena discricionariedade na avaliação que faça da condição “corrigibilidade”. Mais pungente é a constatação de situações em que o agente simplesmente não demonstra carecer de socialização: deixaria, por isso, de fazer sentido a aplicação de uma pena nestes casos, por ausência de finalidades a prosseguir? Aliás, a viabilidade desta teoria já foi testada, em sentido negativo, pela designada «crise da ressocialização», que fez desvanecer o optimismo que ladeava a doutrina da prevenção especial nos

²¹² - Seguindo SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 191 e ss.

²¹³ - Linha argumentativa explorada por RUIVO, Marcelo Almeida - “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades”, 2012, pp. 192 e 193: “A imposição jurídica de tal reforma íntima [do delinquente] desafia o próprio núcleo essencial das repúblicas democráticas e pluralistas, uma vez que a pessoa não tem o direito pleno de autodeterminação e de responsabilização pelas suas condutas (...)”, arriscando-se a liberdade de consciência e integridade psíquica de cada um.

anos 50 e 60 do século XX, em virtude do fracasso das concretas possibilidades de providenciar um tratamento penitenciário individualizado aos delinquentes, como era bitola no sistema Norte-Americano, que contribuiu sobremaneira para a difusão da prevenção geral positiva²¹⁴. Impunha-se uma mudança de paradigma fundamentalmente vertida na seguinte ideia: haveria que procurar a pena justa e adequada ao autor pelo delito cometido, mais do que procurar influenciar o próprio agente e até terceiros com a aplicação daquela²¹⁵.

Ainda assim, a teoria da prevenção especial, sobretudo na sua vertente positiva ou de socialização, é tanto prezável, como indispensável. É imperioso que ao mal da pena se faça juntar um efeito social-positivo, acrescido do pensamento da prevenção individual como componente irrenunciável das finalidades da pena²¹⁶.

3. TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

Nas últimas décadas, a discussão em torno das teorias sobre os fins das penas radicou, essencialmente, em tentativas várias de combinar as teorias *supra* expostas²¹⁷, sendo a prova viva da consciência de que cada uma das concepções apresentadas encerram em si mesmas pontos de vista aproveitáveis²¹⁸.

²¹⁴ - PUIG, Santiago Mir – “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, 1986, pp. 50 e ss.

²¹⁵ - Com as fragilidades da ressocialização a virem ao de cima, despoletou-se reacções várias, influenciou-se o debate anglo-saxónico e alemão, por exemplo, propugnando-se por uma concentração nas características do delito, ao invés das tendências preventivo-especiais que concediam ao órgão judicial uma discricionariedade excessiva que levava a aplicações desiguais da lei penal. Neste sentido, *vide* SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo – “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, 2007, pp. 4 e ss., ressaltando, contudo, que uma teoria de proporcionalidade da pena face ao delito cometido pecava pela completa desconsideração de uma função social da pena.

²¹⁶ - Realçando que a prevenção especial beneficia de peculiar relevo no campo da execução da pena, CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal*, 1993, p. 63, perspectivando-a como uma das principais restrições colocadas à retribuição, uma vez que esta não fornece quaisquer princípios que regulem a fundamental fase da execução da pena, que deve ser vocacionada à readaptação social do agente criminoso e que é devidamente facultada pela teoria preventiva especial.

²¹⁷ - V. JAKOBS, Günther - “Sobre la teoría de la pena”, 1997, pp. 145 a 163. Neste artigo, o Autor arranca com a apresentação daquela que é conhecida na jurisprudência e doutrina alemãs dominantes como «teoría de la unión», que consubstancia a união de diversos fundamentos de legitimação e fins das penas, definindo-a como uma combinação de retribuição da culpabilidade

Desta feita, há que separar aquelas teorias que integram considerações (neo)retributivas e as que o não fazem, apresentando-se como puras teorias preventivas. No que às primeiras concerne, alude-se a penas preventivas através de uma justa retribuição ou vice-versa, que consagram uma espécie de hierarquia nos fins da pena, isto é, a pena visaria a retribuição da culpa e, subsidiariamente, funcionaria como instrumento de intimidação da generalidade da população e de ressocialização do agente²¹⁹. Estaria aberta a via à concepção retributiva moderada e justa, que acolhe fins utilitários e de prevenção²²⁰, numa tentativa de equilíbrio entre as teorias, com primazia da medida de culpabilidade que haverá de constituir o ponto referencial na determinação da medida concreta da pena: esta não pode ultrapassar a medida da culpa embora se admita uma sua fixação em ponto inferior à medida desta, em termos algo *moderados*, contudo²²¹. Numa orientação de pendor retributivista apresenta-se WELZEL que parte da uma concepção própria acerca da função ético-social que compete ao direito penal. Assim, entende este Autor que o direito penal deverá aspirar a algo mais ambicioso do que limitar-se a evitar condutas danosas e perigosas. Ele há que influir positivamente na consciência ético-social do cidadão, isto é, na sua atitude interna face e frente ao direito, obtendo-se apenas por esta via resultados duradouros e visíveis na comunidade jurídica. Para tal, adopta a concepção de

mediante a pena com influências reabilitadoras e intimidatórias sobre o agente e sobre a sociedade.

²¹⁸ - Não obstante, para certos Autores, a junção de todas estas concepções «...tem forçosamente de fracassar» por a lógica de umas destruir a lógica de outras, a que se junta a circunstância de se aumentar, em demasia, o âmbito de aplicação da pena a qual se converterá num «...meio de reacção apto a qualquer realização» - assim, ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 26; a que se junta JAKOBS “(...) si se reforma a un asesino para convertirlo en una persona pacífica (...) el trato con él (...) no puede interpretarse de un solo trazo también como retribución de culpabilidad; pues la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objecto de necesidades preventivas. Por lo tanto, la unión paraliza o bien el derecho a la reforma o bien el sentido del acto en cuanto retribución de culpabilidad.” JAKOBS, Günther - “Sobre la teoría de la pena”, 1997, p. 148.

²¹⁹ - Esta nova visão sobre os efeitos úteis de uma pena retributiva é explicitada por BELEZA DOS SANTOS: “[a] retribuição, satisfazendo o sentimento geral de justiça ofendido com o crime e pela maneira como este sentimento o exige, ao mesmo tempo, fortifica-o, consolida a ordem moral existente, restabelece a confiança social, afirma e estimula o princípio da responsabilidade de cada um pelos seus actos. E, assim, cria também ou estimula inibições de impulsos criminosos. A retribuição exerce, desta forma, indirecta, mas fortemente, uma actuação preventiva.” V. SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 165.

²²⁰ - Aceitar uma pena nestes termos não é impedimento a que se exija e tome em consideração outros efeitos. Assim, RUIVO, Marcelo Almeida - “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades”, 2012, pp. 197 e 198.

²²¹ - Continuando a seguir a apresentação de JAKOBS, Günther - “Sobre la teoría de la pena”, 1997, p. 146.

retribuição justa, de retribuição segundo a culpa, pois considera o Autor que este tipo de protecção aos valores jurídicos é que consubstanciará a melhor forma de prevenir a lesão de bens jurídicos a longo prazo²²².

No que às segundas teorias respeita, verifica-se a reunião, em uma só, das teorias preventivas geral e especial, com exclusão de qualquer ressonância retributiva: é a teoria da prevenção integral²²³. De cariz puramente preventivo ela cinge a justiça da pena à sua efectiva necessidade social, na medida em que só é justa a pena que se mostre estritamente necessária à prevenção de crimes.

Situado no século XVIII, BECCARIA foi protagonista da elevação das finalidades preventivas e da ideia de necessidade de punição, defendendo uma posição hoje enquadrável na prevenção integral. Afirmava que a «única» e «verdadeira» medida dos delitos era o dano causado à sociedade e não a «intenção» de quem os cometia²²⁴, concluindo, com grande clareza, que o fim da pena não é outro senão o de impedir o agente criminoso de cometer novos delitos e dissuadir os restantes membros da comunidade de fazer o mesmo²²⁵, propugnando pela proporção entre os delitos e as penas e a existência de obstáculos «mais fortes» a afastar os homens dos delitos porque «contrários ao bem público»²²⁶.

Inserido nesta corrente, FRANZ VON LISZT faz operar uma separação em dois dos momentos a considerar quando se trata da pena; um primeiro momento – o da ameaça da pena - marcadamente preventivo de intimidação, com o exercício de uma acção de advertência sobre toda a comunidade jurídica e; um segundo momento, essencial, que é o da execução da pena, ocasião em que a

²²² - Aludido por SANTIAGO MIR PUIG, cuja exposição se seguiu de muito perto, cfr. PUIG, Santiago Mir – “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, 1986, pp. 52 e ss., onde se apressa a refutar a concepção de WELZEL arguindo que a missão do direito penal num Estado que preze a dignidade humana, não deve ser a de interferir na consciência ética e social dos seus cidadãos, pois que alterações na atitude interna dos sujeitos não podem ser impostas por meio de ameaça com uma sanção criminal (p. 56).

²²³ - Contextualizando historicamente a concepção preventiva integral, SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 182 e ss., onde dá conta de que foi a partir do século XVIII que um considerável número de utilitaristas e iluministas defenderam teorias puramente preventivas, dominados então pelo humanitarismo penal e tendo como pano de fundo o rescaldo de uma temporada de reacção contra a crueldade das penas aplicáveis e das prepotências do poder que as executava.

²²⁴ - BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*, 2009, p. 75.

²²⁵ - *Idem*, p. 74. Continua o célebre Autor dizendo: “Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu.” – p. 85.

²²⁶ - *Ibidem*, p. 72.

sanção cumpre verdadeiramente a sua finalidade de prevenção especial²²⁷. Por seu turno, JAKOBS parte de uma compreensão da teoria da prevenção geral assente em concepções da teoria sociológica do sistema social, cujo objecto de referência deixa de ser o indivíduo para passar a ser a vida em sociedade e a segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito face aos demais²²⁸. Um delito é negativo por pressupor a violação de uma norma, norma esta que materializa a identidade normativa de uma sociedade. Deste modo, a pena serviria, simplesmente, para demonstrar a todos que as condutas criminosas não obstam à manutenção da vigência da norma, limitando-se a confirmar a sua existência e integridade, desligada de quaisquer outras considerações. A pena não deve servir para perseguir e lutar contra inimigos, como não deve ser utilizada para impor, através de normas jurídicas, ideias, modos de ser ou mentalidades desejáveis e a que a sociedade deva aspirar. Ela serve, simplesmente, para manter a realidade social²²⁹. Merece destaque uma outra vertente da argumentação exposta por JAKOBS, mais especificamente, aquela que se prende com a importância de um direito penal que seja, acima de tudo, concebido para ser eficaz e eficiente, tornando evidente que a *certeza* da imputação do crime ao seu agente e consequente condenação despoletam mais e

²²⁷ - Exposição presente em SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 204 a 206.

²²⁸ - Com uma posição *sui generis*, JAKOBS, Günther - "Sobre la teoría de la pena", 1997, pp. 157 e ss. Considera este Autor que a pena existe para caracterizar o delito como delito, que ela é condição do funcionamento da sociedade. É a pena que mantém a configuração normativa da ordem jurídica de uma sociedade. Ora, nestes termos, o infractor de uma norma lesiona-se a si mesmo e por igual aos demais, daí que a pena não deva dirigir-se, nem em maior, nem em menor medida a determinado infractor, como a toda a sociedade. Assim, "(...) *la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin* (...). *De modo especial, ha de mantenerse a la sanción libre de todas las adiciones que parecen imponerse cuando se toman en consideración de algún modo la situación motivacional de los individuos* (...)."

²²⁹ - Ao discurso de JAKOBS critica-se o cunho demasiadamente normativista. A pena assim entendida seria uma pena «cega» porque limitada à manutenção da ordem normativo-social, inexistindo as necessárias delimitações materiais e valorativas à mesma e falhando na explicitação do motivo de se estar perante sanções tão gravosas como as penas, pois que, afinal, tudo residiria na afirmação da vigência de... *normas*. Vide SCHÜNEMANN, Bernd - "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía, Pensamientos sobre Immanuel Kant", 2008, p. 6, ressaltando que aquilo que deve ser compensado através da pena é a violação de uma proibição com dignidade valorativa fundada, de cuja especificidade derivará a consequência da pena (e não somente pela lesão à disposição normativa enquanto tal). Com o mesmo sentido crítico, RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 332 e ss., enfatizando que o problema inultrapassável desta concepção de JAKOBS reside no motor de reacção do direito penal como não sendo a «violação material de um bem» mas, unicamente, a verificação de uma oposição a normas - positivismo puro - negando-se à culpa qualquer função no âmbito da responsabilidade penal.

melhores efeitos preventivos do que a brutalidade ou o tipo de pena potencialmente aplicáveis²³⁰.

Um marco singular das teorias unificadoras das finalidades da pena consiste na prossecução das diferentes finalidades da pena em momentos diferenciados do processo de escolha e determinação da pena a aplicar: é a denominada teoria diacrónica dos fins das penas²³¹. Neste âmbito, o critério da prevenção geral actuarial primordialmente numa fase prévia, ao nível legislativo, precedendo temporalmente o sujeito do crime²³². De seguida, no quadro da individualização judicial da pena, o claro destaque para a concepção retributiva, atendendo-se à gravidade do facto e à culpabilidade do agente, a que se segue algumas nuances preventivas especiais ligadas à personalidade daquele e à previsão de eventual reincidência. Neste âmbito, o papel reservado à prevenção geral seria o de indicar o limiar mínimo abaixo do qual a pena não poderia ser fixada. Por fim e já aquando do momento da execução da pena, domínio absoluto para a prevenção especial²³³. CLAUS ROXIN sai em defesa de uma teoria unificadora dialéctica que faz convergir os diversos fins das penas para «vias socialmente construtivas», procurando um equilíbrio entre todos os princípios mediante recíprocas concessões e restrições²³⁴. Advirta-se que, embora ROXIN avance na perspectiva de que a pena serve finalidades exclusivas de prevenção geral e especial, acaba por vir defender que a *medida da culpa* constitui limite da

²³⁰ - Vide JAKOBS, Günther – “Sobre la teoría de la pena”, 1997, p. 147, citando STRATENWERTH: “La expectativa de que los delitos no se queden sin castigo fortalecerá también de un modo general la disposición a comportarse de acuerdo con las leyes.”

²³¹ - Nesta acepção, ROXIN, repartindo as teorias da seguinte forma: “...a teoria da prevenção especial para a execução, a ideia da retribuição para a sentença e a concepção da prevenção geral para o fim das cominações penais (...)” - ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 26, sendo estas as três etapas da eficácia do direito penal que, só em conjunto e apenas em conjunto, vêm esgotar o sentido e a missão do direito penal. Em sentido discordante, DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2010, p. 61, esclarecendo que a teoria diacrónica sobre os fins da pena esquece, por completo, a pena enquanto instituição unitária, seja qual for o momento temporal da sua existência, em que nos encontramos, devendo como tal ser perspectivada.

²³² - Em consonância com o afirmação exposta, PALMA, Maria Fernanda – “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, p. 47: “Na realidade, o papel legítimo da prevenção geral positiva está na decisão legislativa e muito dificilmente se reconhece na decisão judicial quanto à escolha e medida da pena.”

²³³ - Com esta opinião, MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, pp. 87 e ss.

²³⁴ - Deste modo, a punição de comportamentos culpáveis é restringida por exigências preventivas e a punição fundada em exigências preventivas é limitada pelo princípio da culpabilidade. Cfr. ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 44.

pena e da intervenção do direito penal, porquanto, também o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual²³⁵. Curioso é notar que o ilustre Professor não se atém à culpa como mero limite da pena, mas refere-se a uma medida da culpa, no verdadeiro sentido de uma *moldura*, de tal modo que não admite que por motivos preventivos se ultrapasse a pena que seja *adequada* à culpa²³⁶. O princípio da culpabilidade - necessariamente apartado da teoria da retribuição pura - seria um meio imprescindível de contenção e limitação do poder estatal, contando que, apesar da sua concreta existência ser condição inultrapassável para aplicação de uma pena, ela não seria, porém, suficiente. Faltaria apurar do merecimento da pena, no sentido de saber se ela é necessária sob o ponto de vista preventivo²³⁷. Contesta o Autor no sentido em que para que serviria, então, a teorização acerca das finalidades da pena, senão para auxiliar o julgador a desvendar se uma determinada pena é concretamente necessária²³⁸? Em suma, a finalidade da pena seria a de prevenção geral «estabilizadora» e de defesa do ordenamento jurídico, obtida através de uma sua adequação à culpa, *logo*, aceite pela sociedade, a que se seguiria, naturalmente, a «estabilização da consciência jurídica geral»²³⁹.

²³⁵ - Assim, “[s]e quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual.” - ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 43. Efectivamente, LOURENÇO A. MARTINS faz notar que a determinação da medida da pena pela *medida da culpa* é a proposição seguida pela jurisprudência alemã e boa parte dos ordenamentos jurídico-penais de diversos países, havendo lugar a considerações preventivas porquanto *contidas* nesta moldura fornecida pela culpa, enquanto espaço de liberdade ou indeterminação - cfr. MARTINS, Lourenço A. - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, pp. 455 e ss.

²³⁶ - ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 39.

²³⁷ - ROXIN, Claus - “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”, 2001, pp. 25 e ss.

²³⁸ - V. ROXIN, Claus - “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”, 2001, p. 27. Acrescenta que funcionando a culpa como limite da pena, então ela será, obviamente, um seu pressuposto. Ora, reconhecer «elementos utilitaristas como pressuposto da punibilidade» é a barreira que patenteia a diferença face a teorias retributivas puras.

²³⁹ - Vide RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 328 e ss. A Autora tece críticas a esta concepção «disfarçada de retribuição» porque não cessa de fazer referência à proporcionalidade entre culpa e pena, ao sentimento da pena como uma pena justa, que não reconhece à prevenção geral papel mais amplo que o de mero limite mínimo a partir do qual já não se estaria a defender condignamente o ordenamento jurídico e colocando a compensação da culpa no centro do pensamento da prevenção geral.

4. PEQUENO PARÊNTESES: A TEORIA DA REPARAÇÃO

A teoria da reparação conquistou considerável força enquanto corrente político-criminal, a partir da segunda metade do século XX, havendo sido fortemente impulsionada pela Victimologia (ou, se se preferir, teoria da vítima). Ela intenta atribuir relevo ao consenso entre o agente criminoso e a vítima, apelando a uma reconciliação directa entre ambos, cuja especificidade residiria no esforço do condenado em ver consertadas as lesões que provocou com a sua actuação contrária ao direito. São várias as propostas encetadas com vista à sua efectividade, sendo diversas nos seus detalhes; ainda assim, redundam, na sua essência, ou numa atenuação da pena imposta ao delinquente ou numa suspensão condicional da pena fixada ou ainda, algo mais ambiciosamente, numa renúncia à aplicação de (outra) sanção criminal, considerando-se a reparação penal como sanção autónoma no elenco do direito penal, i.e. como reacção criminal alternativa à aplicação de penas e medidas de segurança (é a reparação como «terceira via» do direito penal)²⁴⁰. Ora, esta linha de orientação doutrinária foi materializada no Projecto Alternativo alemão de 1992²⁴¹, largamente incentivada por ROXIN e baseada em FRANZ VON LISZT²⁴². ROXIN, envereda

²⁴⁰ - Explorando esta última concepção, MORÃO, Helena - “Justiça restaurativa e crimes patrimoniais”, 2012, pp. 259 e ss.

²⁴¹ - No Projecto Alternativo de reparação do dano de 1992, previa-se a implementação de disposições que permitissem ao Ministério Público examinar as possibilidades de se alcançar um acordo de compensação entre autor do crime e vítima (*cfr.* ROXIN, Claus - “Pena y reparación”, 2002, pp. 6 e ss.).

²⁴² - *Vide* ROXIN, Claus - “Pena y reparación”, 2002, pp. 5 a 15. ROXIN apresenta a ideia de reconciliação e reparação do dano como úteis, por igual, a todos os fins conhecidos das penas, afinal, uma autêntica compensação do delito, um restabelecimento da situação originária só pode conseguir-se quando o dano seja remediado e os efeitos imateriais do crime hajam sido eliminados. Em primeiro lugar, e no que concerne à finalidade de prevenção especial da pena, explica o Autor que a reparação pode contribuir mais positivamente para o comportamento social do delinquente quando comparado, por exemplo, com a pena de prisão (cuja ressocialização se afigura por demais difícil) ou com a pena de multa; ainda, quanto à prevenção geral positiva, considera que a comunidade não deixa de ver restabelecida a paz e confiança no ordenamento jurídico a partir do momento em que é a própria vítima e o seu dano que estão a ser atendidos, e que, embora tenha escassos efeitos ao nível da prevenção geral negativa, trata o Autor de refutar, de imediato, esta conclusão dizendo que o efeito intimidatório das sanções criminais comuns não é de maior, na medida em que, verdadeiramente, aquilo que intimida é a previsibilidade/probabilidade de se ser apanhado ou não. No fundo, a reparação comportaria a grande vantagem de motivar o delinquente a empregar a sua vontade e as suas forças com o fim de alcançar um acordo que satisfaça a vítima - [pp. 8 e ss.]. Sobre este ponto, v. MORÃO, Helena - “Justiça restaurativa e crimes patrimoniais”, 2012, pp. 260-263.

pela elevação do acordo de compensação entre a vítima e agente do crime a terceira via do sistema sancionador, assinalado pela sua não imposição ao delinquente – pelo menos, nos exactos termos em que ocorre com as restantes sanções criminais – devendo este colaborar activamente para restabelecer a paz social perturbada. Este paradigma da justiça reparadora é encontra arrimo, fundamentalmente, no princípio da subsidiariedade, na vertente da intervenção mínima do direito penal²⁴³.

Este tema não é consensual, podendo o dissenso advir dos efeitos que deverão ser acolhidos no seio do direito penal por força desta teoria, prendendo-se também com um eventual contributo enquanto teoria sobre os fins da pena, com a exigência de delimitação do seu âmbito de aplicação face ao objecto da criminalidade em causa – se deve ser reservada, apenas, para crimes que protejam bens jurídicos individuais ou se deve ser admitida a sua extensão a crimes que protejam bens supra-individuais; também a restrição do seu potencial de aplicação à pequena criminalidade ou aos crimes patrimoniais é debatida²⁴⁴. Não obstante, a teoria da reparação é objecto de múltiplas críticas, nomeadamente, as da impossibilidade de se *apagar* a injustiça gerada pela prática do crime, sendo uma teoria desvinculada de qualquer utilidade para o futuro e focada, unicamente, no facto passado. Por outro lado, há sérias objecções a que se reconheça a reparação como uma consequência jurídica do direito penal, consabidamente coactivas, intimidatórias e impostas com total independência da vontade do delinquente, não havendo lugar para conceitos de

²⁴³ - Assim, MORÃO, Helena – “Justiça restaurativa e crimes patrimoniais”, 2012, p. 262. No mesmo e exacto sentido, ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, 2002, p. 13. *“La importancia de esta sanción para el Derecho penal descansa en el principio de subsidiariedad, es decir: en el principio de que la pena, como la medida político-socialmente más severa, sólo debe aplicarse cuando el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal.”*

²⁴⁴ - Deve, aliás, acrescentar-se que a reparação, em termos abstractos, encontra-se hoje inserida numa corrente político-criminal denominada Justiça Restaurativa, verdadeira alternativa ao sistema punitivo *qua tale*, que almeja a resolução dos problemas despoletados pela infracção criminal por via da mediação e do consenso entre as partes implicadas – implícita, entre nós, na Lei n.º21/2007, de 12 de Junho, que estabelece o Regime da Mediação Penal. O paradigma político-criminal da Justiça Restaurativa caracteriza-se pelo enfoque dado à restauração do equilíbrio afectado pelo crime em detrimento da punição do seu agente. As palavras de ordem seriam ‘menos castigo e mais diálogo com as vítimas’ para solucionar as consequências do crime, maximizando-se o valor da livre determinação dos cidadãos – assim, MORÃO, Helena – “Justiça restaurativa e crimes patrimoniais”, 2012, pp. 257-262.

voluntariedade e de concertação criminoso-vítima²⁴⁵. Igualmente, há toda uma série de outras questões que se podem colocar a respeito desta teoria: o que sucede com os agentes criminosos que têm dificuldades económicas e, em consequência, se vêem privados de reparar as lesões que provocaram? Estaria aberto o caminho a grandes desigualdades na aplicação de consequências jurídicas em função do património sócio-económico do agente. Mais: como fazer operar a reparação quando o valor do dano excede a culpa concreta do agente, como nos casos de negligência ou de danos desproporcionais ao grau de culpa? E ainda, quando os delitos não geram qualquer dano perceptível ou susceptível de ser reparado ou quantificado ou em que se afectam bens jurídicos supra-individuais²⁴⁶?

Ora, é possível encontrar no direito penal português manifestações da reparação e da Justiça Restaurativa; assim, no artigo 51.º, n.º1 do CP, onde, por actos de reparação material ou moral se viabiliza a suspensão da execução da pena ou, no artigo 60.º, n.º2, a aplicação da pena de admoestação enquanto pena substitutiva; no artigo 74.º, n.º1, alínea b) do CP, por via da reparação do dano, possibilita-se a aplicação do instituto da dispensa de pena; no artigo 71.º, n.º2, alínea e) do CP, a sua consagração como factor de determinação da medida concreta da pena; também, pelo artigo 72.º, n.º2, alínea c) do CP, a reparação opera como condição de atenuação especial da pena²⁴⁷. Porém, não é este elenco

²⁴⁵ - O que parece apontar para uma desjudiciarização do direito penal. INÊS ALMEIDA COSTA destaca que a própria ideia de voluntariedade pode ser facilmente derrubada pois que o acto do agente criminoso “...*não transparece uma real e espontânea voluntariedade, pois, só se o agente não for inteligente é que não opta por prestar uma sanção “voluntariamente”, já que, caso contrário, teria que sofrer uma pena geralmente tida como pior.*” - COSTA, Inês Almeida – “Poderá a “reparação penal” ter lugar como autónoma reacção criminal?”, 2011, p. 536 – a que aduz a circunstância de se deitar por terra a prossecução de quaisquer finalidades preventivas gerais. Por sua vez, SCHÜNEMANN, Bernd – “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía, Pensamientos sobre Immanuel Kant”, 2008, p. 13 (nota de rodapé 50), afirma que: “(...) *sólo es compatible una completa equiparación autor-víctima, que ocupe el lugar de la pena, con la idea de la prevención general, en los casos de verdadero arrepentimiento.*”

²⁴⁶ - ROXIN responde às questões colocadas asseverando que não se pretende que apenas arguidos com dinheiro e solvabilidade possam vir a beneficiar desta consequência jurídica ou atenuação penal, cabendo ao legislador instituir uma reparação por meio de prestações de teor laboral, por exemplo. cfr. ROXIN, Claus – “Pena y reparación”, 2002, p. 12, solucionando as demais questões com a proposição de reparações meramente simbólicas.

²⁴⁷ - Seguindo a exposição feita por MORÃO, Helena – “Justiça restaurativa e crimes patrimoniais”, 2012, pp. 262 e 263, de que a Autora ainda faz constar em certa medida os actos com relevância em matéria de desistência e impunidade da tentativa (artigos 24.º e 25.º do CP). Uma menção deverá ser feita à previsão de arbitramento de uma indemnização por perdas e danos emergentes da prática de um delito – artigo 129.º do CP – porquanto, modelo materialmente civil enxertado em processo penal, mas a que também subjaz uma natureza reparadora.

apto a sustentar que a reparação penal funciona como consequência jurídica autónoma do delito, pelo menos, no ordenamento jurídico penal português, que manda aplicar a sanção penal que o caso concretamente reclame, só então havendo a possibilidade de intervir uma qualquer cambiante reparadora²⁴⁸.

²⁴⁸ - Conclusão perfilhada por COSTA, Inês Almeida – “Poderá a “reparação penal” ter lugar como autónoma reacção criminal?”, 2011, pp. 515 e 516, para quem, adoptando a linha seguida por HIRSCH, a suspensão da execução da pena encerra o campo adequado às potencialidades da reparação, actuando na punição do agente. Afinal, caso o agente criminoso não realize a reparação devida, revogar-se-ia a suspensão da execução da pena e seria aplicada a pena antes imposta, com a clara demonstração de uma não conversão motivada – da mesma obra, pp. 538 e 539.

CAPÍTULO VI- AS FINALIDADES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL (MAIS RECENTE)

No presente capítulo empreenderemos um breve estudo acerca do discussão doutrinária em volta do problema das finalidades da pena no contexto do ordenamento jurídico português, mormente, do caminho trilhado pelo legislador no Código Penal de 1995, expondo (como complemento *obrigatório*) a posição doutrinária sob a qual ergueu as suas fundações e que foi sendo fielmente adoptada nas decisões dos tribunais nacionais, contrapondo-a, de seguida, às concepções daqueles que a ela se opõem e que reivindicam a retoma a uma visão similar à que vingava no Código Penal de 1982. Terminaremos com algumas reflexões pessoais acerca de tudo quanto foi até aqui apresentado.

5. O CÓDIGO PENAL DE 1995 E AS FINALIDADES DA PENA: UM NOVO E EXPRESSO PARADIGMA LEGAL?

Compreender o verdadeiro alcance da mudança preconizada pelo Decreto-Lei n.º48/95, de 15 de Março, que alterou o Código Penal vigente à data, pressupõe conhecer, primeiro, o paradigma outrora consubstanciado no Código Penal de 1982. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º400/82, de 23 de Setembro, o Código Penal de 1982 foi consabidamente baseado em projectos da autoria do Professor EDUARDO CORREIA, reflectindo consideravelmente aquelas que eram as suas compreensões e entendimento dogmático²⁴⁹. Marcadamente humanista, privilegiando a concepção ético-retributiva e de retribuição aberta a fins utilitários, nunca o Código Penal de 1982 se coibiu de eleger o princípio da culpa a princípio basilar do diploma, atribuindo à pena um conteúdo de reprovação ética: afinal, «toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma

²⁴⁹ - FIGUEIREDO DIAS descreve o Projecto da Parte Geral do Código Penal elaborado por EDUARDO CORREIA como o “[...] *espelho fiel e expressivo do pensamento político-criminal e dogmático do seu Autor.*” - DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 75.

culpa concreta»²⁵⁰. Tal concepção não era sinónimo, contudo, de uma rejeição das finalidades de prevenção geral e especial. Atribuía-se-lhes a devida importância e defendia-se a inexistência de uma antinomia entre estas finalidades e a culpa, providenciando-se no sentido da ressocialização do delinquente, por imposição de uma co-responsabilização das instâncias de execução da pena no sucesso ou no fracasso reeducativo e ressocializador do condenado, consagrando, enfim, como referência essencial, o de que as penas devem ser sempre executadas com um sentido pedagógico e de socialização. Inexistia, à data, qualquer preceito que se assemelhasse, quanto ao seu conteúdo, ao actual artigo 40.º do CP, pelo que, no pretérito Código de 1982, era por via do artigo 71.º que se determinava, como critério de escolha da pena, a opção por penas não privativas da liberdade sempre que estas se mostrassem suficientes para promover a recuperação social do delinquente e satisfazer as exigências de reprobção e prevenção do crime. Contínuo, o artigo 72.º, n.º1 fazia operar a determinação da medida da pena em função da culpa do agente, tomando «ainda em conta» as exigências de prevenção de futuros crimes (que intervinham, assim, em segundo plano), pelo que a culpabilidade valia, realmente, como *fundamento e medida da pena*. No n.º2 do art. 72.º encontrava-se o elenco das circunstâncias a sopesar pelo julgador e que, na sua essência, se mantiverem intocadas até aos dias de hoje. Aluda-se, por último, à presença de duas práticas jurisprudenciais representativas da altura: uma, a de que o procedimento normal e correcto dos juízes na determinação da medida da pena teria, como ponto de partida, a média entre os limites mínimo e máximo da pena correspondente ao crime praticado, ora agravando-a, ora atenuando-a em função da culpa - era o evocado ponto médio da moldura penal abstractamente aplicável²⁵¹; a outra, decorrência da teoria da união dos fins da pena e criada com o fito de atingir a

²⁵⁰ - Famigerada afirmação retirada do preâmbulo do Decreto-Lei n.º400/82, de 23 de Setembro.

²⁵¹ - A título de exemplo, esse procedimento foi adoptado nos Acórdãos do STJ de 13/07/1983, BMJ, n.º 329, p. 396; de 15/02/1984, BMJ, n.º 334, p. 274; de 26/04/1984, BMJ, n.º 336, p. 331; de 19/12/1984, BMJ, n.º 342, p. 233; de 11/11/1987, BMJ, n.º 371, p. 226; e de 19/12/1994, BMJ, n.º 342, p. 233. Sucinto e esclarecedor acerca da evolução da matéria na jurisprudência nacional é o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/07/2010, relator Raul Borges, processo n.º408/08, disponível em www.dgsi.pt, onde se explica que aquele procedimento deixou de ser seguido por se recusar fazer depender a determinação da medida da pena de critérios aritméticos, havendo que atender às circunstâncias de cada caso, abrindo-se caminho à segunda prática jurisprudencial conhecida na altura e que assentava numa liberdade do julgador que deveria ser usada «com prudência e equilíbrio dentro dos cânones jurisprudenciais e da experiência, no exercício do que verdadeiramente é a arte de julgar.»

concordância prática entre todas as finalidades, resultou na «teoria da margem de liberdade» (do julgador) potenciada pelo facto de a pena adequada à culpabilidade não se traduzir numa medida exacta²⁵².

Posto isto, impõe-se que nos debrucemos, por fim, sobre a modificação trazida pelo Decreto-Lei n.º48/95, de 15 de Março, ao Código Penal de 1982. Não obstante a ressalva de que o diploma não teria o propósito de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins da pena²⁵³, certo é que tal efectivamente sucedeu graças à consagração do artigo 40.º do CP, traduzida numa inovação com feição pragmática e utilitária que decretou que a finalidade a prosseguir com as penas e medidas de segurança seria a de «protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade»²⁵⁴. Estão aqui condensadas as três proposições fundamentais do programa político-criminal sobre a função e fins da pena: o de protecção de bens jurídicos e socialização do agente criminoso, sendo a culpa *limite* da pena e já não fundamento, operando como antagonista da prevenção. É a positivação da supremacia preventiva assinalada às finalidades da pena. No entanto, uma total compreensão do modelo adoptado pelo legislador penal em 1995 só é alcançado mediante o conhecimento da doutrina perfilhada

²⁵² - De modo tal que a pena concreta seria fixada entre um limite mínimo – já adequado à culpa – e um limite máximo – ainda adequado à culpa – só depois intervindo os demais fins das penas, já delimitados pelo critério da culpa (era a transposição da doutrina de CLAUS ROXIN) - cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Criminal, de 09/06/1993, relator Teixeira do Carmo, processo n.º 043173, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵³ - Lê-se, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º48/95: «[s]em pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática do fim das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.»

²⁵⁴ - MARIA FERNANDA PALMA concebe esta alteração como uma verdadeira «reforma» do Código, havendo-se enveredado pela afectação de princípios estruturantes do sistema penal, muito para lá de um mero aperfeiçoamento ou preenchimento de lacunas, cfr. PALMA, Maria Fernanda – “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, p. 31; veja-se ainda a opinião expressada pelos Autores LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, que vêem no artigo 40.º, n.º 1 do CP a tomada de posição do legislador na querela sobre os fins da pena, consagrando como finalidade primária a prevenção geral positiva. Todavia, expressam a compreensão de que se trata de uma matéria que torna discutível a opção assumida de modo peremptório pela lei, dada a sua abertura constante a debates. E apontam no artigo 71.º, n.º 1 do CP o afastamento da ideia de que a culpa se assume, tão-só, como limite inultrapassável da pena; TAIPA DE CARVALHO, por seu turno, descreve esta revisão como uma viragem de praticamente 180 graus relativamente à concepção ético-retributiva da pena agora preterida pela concepção preventivo-ética. No entanto, o Autor defende que a prevenção geral somente opera como limite mínimo da pena, abraçando a prevenção especial como finalidade regente. Para estas e outras posições doutrinárias nacionais, consulte-se MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, pp. 58 e ss.

pelo ilustre Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, de cujo quadro modelador da determinação da medida da pena é sucessiva e reiteradamente aplicado pela jurisprudência nacional. Como tal, a defesa da ordem jurídico-penal – finalidade primeira da pena – é prosseguida por uma moldura penal abstracta cujo limiar mínimo corresponde à medida abaixo da qual já não seria possível prover à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada e à tutela adequada dos bens jurídicos e o limiar máximo ao ponto supremo de defesa do bem jurídico a tutelar tal como imposta pelo princípio da necessidade, havendo sempre que respeitar o limite inultrapassável que é dado pela medida da culpa. Entre esses limites irá satisfazer-se, tanto quanto possível, as exigências de prevenção especial²⁵⁵.

Curiosamente, continuamos a encontrar no artigo 71.º, n.º1 do CP a determinação da medida da pena em função da culpa do agente e das exigências da prevenção, isto é, passou a ter-se num *mesmo* plano os critérios para aferição da medida da pena relativos à culpa e relativos à prevenção. E faça-se notar que há autores que, discordando da alteração introduzida em 1995, vêem neste artigo a alavanca necessária à defesa da manutenção de uma concepção ético-preventiva da pena e dos seus fins, partindo de uma visão que não se compadece com o encerramento desta problemática por via legal²⁵⁶.

6. DA POSIÇÃO DOMINANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Vimos que o Código Penal português de 1995, na senda da doutrina apresentada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e vigorosamente perfilhada por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, deu expresso ênfase às teorias preventivo-

²⁵⁵ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011 pp. 80 e 81; Meramente demonstrativo do que se veio de dizer, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7/11/2002, relator Manuel José Carrilho de Simas Santos, processo n.º 02P3105, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵⁶ - PEDRO VAZ PATTO, por exemplo, considera que o legislador não encerrou por completo o assunto e que nem foi essa a sua pretensão, por se tratar de uma questão muito profunda e relativamente à qual restar, ainda, discussão possível (embora assumo que se tomaram opções para orientar e vincular o juiz penal) - vide PATTO, Pedro Vaz - “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, p. 415.

-geral positiva e preventivo-especial positiva enquanto pontos centrais na determinação e aplicação de sanções criminais. Serve isto para dizer que é imprescindível apreciar, mesmo que liminarmente, os contornos das suas posições para poder, de seguida, convocar as razões em que se fundamentam os autores que se lhes opõem.

Ora, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS é um defensor acérrimo da exclusão da retribuição ou compensação da culpa enquanto finalidade da pena. Consequentemente, não atribui viabilidade às teorias unificadoras dos fins da pena por considerar inaceitáveis quaisquer correntes que reportem às teorias retributivas, acabando estas por, ao fim e ao cabo, impor-se e sobrepor-se às demais, a que acresce a circunstância de as teorias absolutas e relativas serem irremediavelmente distintas, quando não antagónicas, por advirem de concepções básicas diferenciadas²⁵⁷. A culpa, prescreve o Autor, não é «fundamento» mas, unicamente, «pressuposto» e «limite» da pena, consubstanciando uma verdadeira proibição de excesso e limite inultrapassável por quaisquer considerações preventivas²⁵⁸. Não releva a retrospecção ao facto passado e o subsequente castigo do delinquente, mas sim uma visão prospectiva, cujo desígnio seja o de restabelecimento da paz jurídica comunitária e a tutela dos bens jurídico-penais ofendidos. Assim, o problema atinente às finalidades da pena é solucionado pelo objectivo de prevenção da prática de futuros crimes significando que só para esse efeito é que uma pena criminal pode ser aplicada

²⁵⁷ - Afinal, diz o Autor, quem defende as teorias mistas ou unificadoras revela uma «oscilação inadmissível em convicções fundamentais...» - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, pp. 61 e 62. Ao argumento comumente reiterado por quem não concebe as teorias mistas ou unificadoras de pendor retributivo como possíveis, por clara contradição entre os objetivos que umas e outras visam prosseguir, responde LOURENÇO MARTINS que, dentro dos limites da culpa e na margem de liberdade que é concedida ao julgador, a prevalência a atribuir a cada uma das modalidades, seja ela a prevenção especial ou geral, vai depender do que se mostrar mais adequado ao caso concreto e às suas circunstâncias e a conseguir o êxito do sistema penal no seu conjunto, e não, de um qualquer critério legal ainda que rigorosamente elaborado. Assim, MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, p. 495.

²⁵⁸ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, pp. 82 e 83. Não obstante, MARIA FERNANDA PALMA aponta que sendo a culpa um elemento constitutivo do crime e referida por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS como expressão da atitude interna do sujeito, tal conceito de culpa não é deduzido de uma função de protecção de bens jurídicos ou sequer condicionável por esta função, logo, o julgador terá de procurar no facto ilícito-típico a qualidade negativa da pessoa do agente sendo que tal tarefa “implicará, necessariamente, conflitos com o efeito preventivo-geral da responsabilidade penal ou tenderá a tornar incontroláveis os critérios da decisão judicial.” – cfr. PALMA, Maria Fernanda - *Direito Penal I (Parte Geral)*, 1997, p. 92.

pelo Estado²⁵⁹. Só uma pena socialmente necessária é que é legítima. Ora, é a prevenção geral positiva ou de integração que, por via do artigo 18.º, n.º2 da CRP, beneficia de idoneidade enquanto fim da pena juridicamente reconhecido²⁶⁰.

Não obstante, é o próprio Autor a reconhecer que a prevenção geral positiva não indicia o *quantum* exacto da pena a aplicar no caso concreto, motivo pelo qual concebeu uma moldura da pena que é fruto da posição por si assumida. Subsequentemente, a moldura da pena seria fornecida nas suas margens mínima e máxima pela prevenção geral positiva, dentro da qual a prevenção especial positiva, na vertente da ressocialização do agente, seria elevada a critério decisivo para a determinação da medida concreta da pena²⁶¹; caso não se verifique uma carência de socialização, caberia então à pena uma função de advertência. FIGUEIREDO DIAS aduz que será à luz da prevenção geral positiva que se alcançará uma pena – ou uma moldura punitiva – que se revele, em simultâneo, justa e adequada à culpa do delinquente²⁶². No que à prevenção geral negativa respeita, o Autor somente lhe reconhece um papel secundário sobre a comunidade, um efeito lateral da aplicação de penas, não constituindo em si mesma uma finalidade autónoma da pena²⁶³. Ademais, aplaude a posição assumida «coerentemente» pelo legislador no Código Penal de 1995, pelo artigo 40.º, não vendo nisso qualquer ingerência em matéria reservada à doutrina, pois que é ao legislador democraticamente legitimado que “(...) *compete vazar proposições de política criminal no modus da validade jurídica.*”²⁶⁴.

Por seu turno, e algo similarmente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES ainda antes de discorrer sobre as potencialidades das teorias mencionadas sobre

²⁵⁹ - Os fins da pena só podem revestir uma natureza preventiva, especial ou geral, positiva ou negativa, nos exactos termos em que BECCARIA nos principiou (e legou), passados já cerca de três séculos, suportado na Teoria Contratual do Estado (face à sociedade) – Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 78.

²⁶⁰ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, pp. 78 a 85.

²⁶¹ - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral, II, As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 227 a 231.

²⁶² - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, pág. 53. Citando as palavras do Autor: “*Toda a pena que responda adequadamente às exigências preventivas e não exceda a medida da culpa é uma pena justa.*” – *Idem*, pp. 80 e 84.

²⁶³ - *Idem*, p. 81.

²⁶⁴ - *Ibidem*, p. 85.

as finalidades da pena, principia por clarificar que o verdadeiro problema em causa com estas teorias é o do seu objectivo, isto é, que estamos antes de mais perante teorias vocacionadas a justificar a pena *qua tale* e nem tanto a resolver o problema das suas finalidades²⁶⁵, embora as teorias preventivas também comportem a solução acerca da questão sobre as finalidades da pena (o mesmo já não sucedendo com a retribuição). A Autora acolhe a chamada «nova» retribuição como mera resposta à crise da ressocialização, preocupada, apenas, com o estabelecimento e consolidação de limites às finalidades preventivas. É, novamente, a minoração da culpa a um papel elementar: o de limite inultrapassável da medida da pena, não admitindo, sequer, a assimilação da «nova» retribuição a finalidades preventivas, uma vez que conceber a culpa como «índice das necessidades psico-sociais de punição» significa dirigir uma mensagem aos não delinquentes por via da redução do agente criminoso a «instrumento accidental de uma estratégia de política criminal que o ignora»²⁶⁶. Partilhando de alguns traços característicos do seu modo de conjugar a culpa no seio das finalidades da pena, a Autora não mostra quaisquer hesitações no concernente à indispensabilidade do princípio da culpa para o direito penal, de modo que não pode ser substituída, sem mais, pela ideia de necessidade. Subsequentemente, a culpa «continua a valer como *pressuposto* da punição», como *conditio sine qua non*, funcionando como princípio legitimador da intervenção punitiva estadual, cuja actuação é, contudo, cingida a princípio limítrofe, isto é, configurando a culpa como «a barreira intransponível da finalidade preventiva»²⁶⁷. Considera, ainda, que a pretendida proporcionalidade entre o mal do crime e o mal da pena não justifica a subsistência do conceito de

²⁶⁵ - RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 152 e ss.

²⁶⁶ - RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 205.

²⁶⁷ - Recorrendo, neste último, a formulações de FRANZ VON LISZT, RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 311 e ss. Curiosamente, veja-se que PEDRO VAZ PATTO considera que os resultados a que chegam FIGUEIREDO DIAS e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, na sua vertente prática, não são muito diferentes daqueles que tomam como parâmetro a moldura da culpa – cfr. PEDRO VAZ PATTO, “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, pp. 418 e ss., havendo ainda lugar a uma crítica dirigida por JAKOBS a todos aqueles que erigem a culpa/retribuição a finalidade compatível com as finalidades preventivas, ou áqueles que a resumem a mero limite da pena: “*La culpabilidad solo puede limitar aquello que se adecúa a su concepto, y, por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o elementos similares.*”; consentâneo com a sua visão integralmente preventiva – Vide JAKOBS, Günther – “Sobre la teoría de la pena”, 1997, p. 148.

retribuição, não fosse a proporcionalidade ter «pleno cabimento» no âmbito de um direito penal que assinala à pena a finalidade de prevenção geral positiva²⁶⁸. Deverá ser a necessidade de protecção do bem jurídico a ditar a exigência de proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do facto praticado, materializando-se num limite à intervenção penal preventiva. Outrossim, com o efeito de ameaça ou intimidação da pena, fundamentalmente obtido através da tutela das expectativas da comunidade²⁶⁹. A Autora relembra que nos encontramos ante uma «profunda modificação do sistema penal, marcada pelo abandono da onticidade» e abrindo caminho à afirmação das finalidades preventivas, hoje reconhecidas como o «valor orientador da administração da justiça penal»²⁷⁰. Acima de tudo, “(...) o que se pretende é assegurar o restabelecimento e a manutenção da paz jurídica perturbada pelo cometimento do crime através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade no respeito pelos comandos jurídico-criminais.”²⁷¹, aliado ao modelo de Estado adoptado pela Constituição Portuguesa que consagra a ideia de que o Estado deve outorgar ao condenado verdadeiras possibilidades para alcançar a socialização²⁷².

7. ALGUMAS CONTRA-CORRENTES

Não surpreende, pois, a existência de clamores no sentido oposto ao que se acabou de expor, mostrando-se inconformados com o conteúdo do *supra* referenciado artigo 40.º do CP, proclamando, enfim, o retorno a ideias retributivas, embora de contornos menos rígidos e absolutamente não *categóricos*. A bem da verdade, só vem isto demonstrar a circunstância (outrora,

²⁶⁸ - *Idem*, p. 210.

²⁶⁹ - *Ibidem*, p. 318.

²⁷⁰ - O que foi reforçado pela secularização do direito penal, cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 218 e ss. e 327.

²⁷¹ - *Idem*, p. 321.

²⁷² - *Ibidem*, pp. 191 e ss.

anunciada) de se estar perante uma temática que oscila ao sabor dos tempos e que até hoje dificilmente se dá por consumada ou definitivamente assente²⁷³.

Cumprido dar início com um dos mais fervorosos críticos do resultado a que se chegou com a revisão de 1995 em matéria de fins da pena: JOSÉ DE SOUSA E BRITO²⁷⁴. O Autor começa por esclarecer que é o legislador quem, parcialmente, avança na determinação da pena a aplicar, reservando para si a prossecução de finalidades relativas à protecção dos bens jurídicos e que dependem, efectivamente, de circunstâncias genéricas, abstractas, e logo passíveis de tipificação apriorística pela lei. É em momento ulterior que caberá ao juiz a prossecução de outras finalidades que dependem, necessariamente, de circunstâncias a apurar uma vez perante o caso concreto e respectivo processo penal, em especial, as relativas à medida da culpa²⁷⁵. Adita ainda que pensar a culpa como um limite intransponível da pena é, no fundo, medir a pena pela culpa com isto se significando apenas que a medida da pena será “(...) *tanto maior quanto maior for a culpa e inversamente e que não existe pena sem culpa.*”²⁷⁶. Ora, remata o Autor, medir a pena pela culpa consubstancia, precisamente, o conteúdo essencial da ideia da retribuição, sendo através dela que se respeita o criminoso enquanto pessoa livre. Ademais, continua a ser possível encontrar refúgio no artigo 40.º do CP para defender a existência das três finalidades da pena, vertidas nos seus números 1 e 2, dando relevo à

²⁷³ - O retorno ao discurso retributivo foi previsto por SCHÜNNEMANN, Bernd – “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant”, 2008, p. 4: “*Sin embargo, considero que llegó la hora de que la dominante teoría preventiva de la pena, teniendo en cuenta la crisis en que se encuentra el pensamiento preventivo en la actualidad, tome en serio el modelo de argumentación con el que se fundamenta el renacimiento de la teoría de la pena del idealismo alemán.*”

²⁷⁴ - Não tivesse o Autor sido membro integrante da Comissão relativa ao projecto da revisão de 1995, tendo votado, inclusive, *contra* a inclusão do artigo 40.º, n.ºs 1 e 2 no código penal, atento o seu reduzido conteúdo normativo por, bem vistas as coisas, não conter critério algum de escolha ou dosimetria da pena em consonância com os fins preventivos; e a maior prova disso reside no facto de esse artigo ter de ser integrado sistematicamente com recurso a esquemas construídos pelos seus “criadores”, não materializando qualquer vitória doutrinária no domínio dos fins da pena, embora se reconheça a retirada de importância ao papel da culpa. *Vide* BRITO, José de Sousa e – “Os fins das penas no Código Penal”, 2002, pp. 160 e ss.

²⁷⁵ - BRITO, José de Sousa e – “Os fins das penas no Código Penal”, 2002, p. 158.

²⁷⁶ - Segundo JOSÉ DE SOUSA E BRITO deve manter-se o entendimento segundo o qual o primeiro passo a ser dado em matéria de determinação da medida judicial da pena é o de apurar a medida da culpa dentro da medida legal da pena - BRITO, José de Sousa e – “Os fins das penas no Código Penal”, 2002, p. 164; já se viu a este respeito uma posição doutrinária semelhante, adoptada por ROXIN, de que a pena deve ser fixada *dentro da medida da culpa* e abaixo dela pela prevenção especial, com os limites da prevenção geral mínima geralmente satisfeitos com o limite inferior da medida legal.

seguinte ideia: é a reparação da culpa pela pena que materializa aquele que é o único dos fins da pena que lhe é *específico* e que a torna *singular* em todo o ordenamento jurídico, desde logo, porque não são só as penas que visam a defesa de bens jurídicos, sendo este fim partilhado por todas as sanções jurídicas quer sejam elas preventivas (medidas de coação), repressivas (restituição, indemnização, nulidade) ou, ainda, acções preventivas levadas a cabo pelo Estado – como as medidas de polícia. Em pólo oposto ao de FIGUEIREDO DIAS, afirma: “[n]ão nego que a pena seja um meio de defesa de bens jurídicos. Apenas nego que seja adequadamente definida através deste conceito.”²⁷⁷, postulando, assim, pela primazia da retribuição da culpa sobre os fins meramente preventivos.

Também MARIA FERNANDA PALMA confere um papel de maior primazia à culpa, ao entender que, se por um lado, razões de prevenção podem «estabelecer limites à própria censura da pessoa em função do interesse social», tais limites não podem permitir que se prescinda de uma responsabilidade penal enquanto «censura da pessoa». Ademais, uma prevenção *pura* meramente limitada pela culpa no momento da punição “(...) é uma simbologia alheia ao princípio da legalidade, na medida em que desconhece o papel da culpa na tipificação legal (...)”²⁷⁸. A ilustre Professora entende que o modo como JORGE DE FIGUEIREDO DIAS determina a pena – através da já referenciada moldura preventiva adoptada jurisprudencialmente - retira à culpa o «papel determinante e a primazia» que lhe devem ser reconhecidas²⁷⁹.

Prosseguindo, urge referenciar a doutrina de JOSÉ DE FARIA COSTA que, sem delongas, se assume neo-retributivista com fundamentos onto-antropológicos²⁸⁰ de recorte marcadamente crítico face ao sector doutrinário que se atém à retribuição *ainda* na vertente absolutista, com nuances históricas, tradicionais e religiosas muito antigas²⁸¹. Relembra o Autor que tomar alguém como responsável por um facto, é olhar essa pessoa como um ser livre e

²⁷⁷ - BRITO, José de Sousa e – “Os fins das penas no Código Penal”, 2002, p. 173.

²⁷⁸ - PALMA, Maria Fernanda – “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, p. 38.

²⁷⁹ - PALMA, Maria Fernanda - *Direito Penal I (Parte Geral)*, 1997, p. 94.

²⁸⁰ - COSTA, José de Faria – “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, 2008, p. 869.

²⁸¹ - “Assim, tradição, passado, conservadorismo implicaria retribuição. Progresso, futuro, visão aberta ao mundo determinaria prevenção.” Cfr. *Idem*, p. 872.

autónomo, com possibilidade e capacidade de se decidir pelo lícito ou ilícito, pelo justo ou injusto, perante a sua consciência crítica e reflexiva. Neste âmbito é fulcral a atenção sobre o facto passado e uma sua análise como ponto de partida para a correcta e justa aplicação de uma pena. A páginas tantas, afirma paradigmaticamente: “[r]espondo por aquilo que faço, por aquilo que fiz. Logo, a pena aplicada ou a aplicar tem que ser envolvida pelo olhar que quer ver o pretérito (...) que quer ver o facto criminoso na contextualização do seu passado. (...) É, por conseguinte, a partir deste enquadramento, que é ilógico ou incompreensível aplicar-se uma pena dizendo que se o faz na mira de que outros não pratiquem crimes ou com o fito de repor a validade contra-fáctica da norma.”²⁸² Pequena nota ainda para realçar que, na opinião de FARIA COSTA, existe o direito a uma pena justa, direito este naturalmente fundamental e indisponível.

PEDRO VAZ PATTO entende que a procura pela justa retribuição e pela pena merecida deve constituir a finalidade primordial reconhecida à pena, e imediatamente seguida pelas finalidades preventivas. Enveredar por finalidades estritamente preventivas, como seja a opção primacial pela prevenção geral positiva, poderia conduzir a uma instrumentalização do agente, à «degradação da pessoa de fim a meio» o que somente é acautelado se “(...) a pena tiver uma base ética e não puramente utilitária, se corresponder à culpa concreta do agente, se esta culpa for pressuposto e medida dessa pena.”²⁸³. Não obstante, esclarece que o modelo ideal seria alcançado quando as três finalidades se coadunassem nos seus efeitos práticos, prevalecendo assim o sentido que se mostrasse “(...) mais adequado a conseguir o êxito do sistema penal no seu conjunto, no qual a pacificação social e a contenção da criminalidade, em limites razoáveis, são objectivos essenciais (...)”²⁸⁴. O Autor pronunciando-se relativamente ao artigo 40.º do CP rejeita que se dê por afastado o modelo de culpa e retribuição integrador dos diversos fins da pena, a que faz juntar a negação de que o disposto no artigo 18.º, n.º2 da CRP, ao contrário do que defendem FIGUEIREDO DIAS e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, consubstancie um critério de fundamentação da responsabilidade penal, mas quando muito e apenas, um

²⁸² - *Ibidem*, p. 877.

²⁸³ - PATTO, Pedro Vaz - *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões*, 2011, p. 2.

²⁸⁴ - *Idem*, p. 27.

limite rigoroso e de escrupulosa observância aquando de quaisquer restrições a direitos, liberdades e garantias²⁸⁵. Por fim, seguindo FARIA COSTA e SOUSA BRITO, atesta que há lugar à consideração da culpa como fundamento da pena, pois que, visando intervir na esfera jurídica dos cidadãos, ao direito penal é obrigatório o respeito pelos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, devendo para tal efeito assentar numa base ética e não só de interesse social²⁸⁶.

Mais recentemente e no âmbito das linhas argumentativas ora expendidas, surge A. LOURENÇO MARTINS, assaz defensor da doutrina da retribuição e da pena merecida, no sentido da censura e reprovação da actuação do sujeito que podia e deveria ter actuado em conformidade com o direito, mas escolheu não fazê-lo²⁸⁷. O conceito de retribuição que acolhe é o de reprovabilidade pelo facto criminoso e o de merecimento da pena, num quadro de responsabilidade e proporcionalidade. Para o Autor é claro que a adesão à teoria mista ou integradora dos fins da pena, com a sua aplicação reforçada em momentos diferenciados, não se mostra incompatível com o disposto nos artigos 40.º e 71.º do CP, nem que seja pelo facto de estes artigos não imporem a firme prossecução das teorias preventivas, conforme pretendem os seus defensores²⁸⁸, a que acresce o estado de não compreensão face às declarações daqueles que defendem ser possível alcançar a pena justa e adequada sem qualquer referência essencial à culpa²⁸⁹. A. LOURENÇO MARTINS reforça esta sua incompreensão e inconformidade com o seguinte argumento: afigura-se-lhe mais razoável detectar e graduar a culpa do agente fazendo-a reflectir na medida concreta da pena, uma vez que é o aplicador da sanção que terá perante si o arguido e estará em posse de todas as circunstâncias relevantes do caso e anteriormente

²⁸⁵ - *Ibidem*, p. 27.

²⁸⁶ - PATTO, Pedro Vaz – “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, p. 417 (nota de rodapé 54).

²⁸⁷ - MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, pp. 134 e ss. Para este Autor, a retribuição é a maneira mais consistente e sólida de dar sentido à pena criminal – p. 176

²⁸⁸ - Ao mesmo tempo que faz referência ao facto de ser precisamente esta a teoria seguida pela jurisprudência alemã, certo é que o Autor também menciona que o legislador de 1995 “(...) não pretendeu resolver questões em que a dogmática deve ser livre de discutir e, por isso, (...) não se pode extrair daquela Revisão que estejam afastados do ordenamento penal português os princípios subjacentes à teoria da retribuição como elemento a atender nas finalidades da pena.”, cfr. MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, p. 139.

²⁸⁹ - *Idem*, pp. 151 e ss.

recolhidas pela investigação e instrução, ao passo que o mesmo não sucede com os indícios marcadamente fungíveis das expectativas comunitárias na validade da norma e o sentimento de confiança depositado na normal vigência do ordenamento jurídico. Assumiria-se como tarefa pouco racional tentar descobrir e captar “(...) o que «*pensa*» a comunidade sobre o quantum de pena necessário para satisfazer a confiança nas normas ou a protecção dos bens jurídicos (...)”²⁹⁰. Por tudo isto, haverá que batalhar para fazer valer a consideração da culpa enquanto critério aferidor da medida da pena para que à culpa seja reconhecido o seu verdadeiro valor e impacto: o de *pressuposto, fundamento, limite* e, globalmente, critério determinador da medida da pena.

Para terminar, PAULO FERREIRA DA CUNHA, lembra que não se pode continuar a argumentar contra a retribuição porquanto concebida na sua forma originária de brutal estigmatização e crudelíssima punição, pois que a admitir-se que a penalização deva infligir algum sofrimento, não significa isto que ele deva ser desumano, degradante, insultuoso e desrespeitador da dignidade da pessoa humana que é, e sempre será, a trave-mestra de todo o direito penal. Há que “(...) *apartar teoricamente as coisas: reservando a ideia de retribuição para uma pena com dimensão ética e simbólica, e a de vingança (que já é outra coisa) quando ela procura ser essa justiça exemplar e satisfação das vítimas ou da sede de sangue popular....*”²⁹¹. E, ainda que se queira admitir uma intervenção atenuada da culpa, no sentido de ser funcionalizada ao fim da prevenção geral, importa colocar à evidência que isto não reduz à atribuição à culpa de um papel *simplório* de mero limite da medida da pena²⁹². Em suma, onde um Estado não tenha força suficiente para impor a retribuição, verá a ordem jurídica no seu todo abalada, bem como a confiança depositada pelos cidadãos na sua vigência. A retribuição satisfaz as necessidades colectivas de punição, funciona como sentimento de

²⁹⁰ - *Ibidem*, p. 160.

²⁹¹ - CUNHA, Paulo Ferreira da – “Das penas e dos seus fins. Recordando narrativas fundadoras em direito penal”, 2011, p. 17. Para o Autor, as teorias preventivas contêm o benefício de serem mais práticas e objectivas do que as retributivas, parecendo, contudo, não se suster o bastante na vertente ética da questão, mas procurando alcançar a máxima eficácia das sanções no plano social e no plano individual.

²⁹² - Neste sentido, COSTA, Inês Almeida – “Poderá a “reparação penal” ter lugar como autónoma reacção criminal?”, 2001, p. 524 (nota de rodapé 63).

justiça, traduzindo-se a pena retributiva na resposta reactiva e compensatória que a sociedade expecta²⁹³.

8. POSIÇÃO ADOPTADA

Esclareça-se que o entendimento a que se chegou no âmbito desta problemática apoia-se no reconhecimento de que a justiça que se faz no presente leva em consideração o facto pretérito e projecta consequências para o futuro. Como HIRSCH, entendemos que a pena é composta de dois conteúdos distintos, um deles, de censura ao comportamento do agente e o outro, de desincentivo e prevenção de condutas criminosas²⁹⁴. A nosso ver, a pedra de toque consistirá sempre na figura da culpa, que não pode ser reduzida a pressuposto ou mero limite da pena, desempenhando uma função relevante na determinação da mesma²⁹⁵. É, pois, imperativo que se cuide da evolução por que passou a concepção retributiva, que consente numa sua sucumbência parcial em prol de considerações preventivas. Pretender hoje uma justa retribuição nada tem a ver com a outrora apregoada *pura retribuição* e é nestes termos que se torna correcto defender que na acepção da comunidade jurídica, retribuição *a mais*, no sentido de excessiva e arbitrária, redundaria em injustiça. Mas note-se que o raciocínio inverso também é de aceitar, pois não se pode deixar de reconhecer que retribuição *a menos*, vertida numa condenação leve, com laivos de condescendência por parte da Justiça é considerada injusta e é potenciadora da ocorrência de efeitos adversos junto da consciência comunitária e do seu nível de

²⁹³ - Certo é que esta perspectiva vingou na doutrina alemã, havendo sido elaborada na base da psicologia das profundidades, da psicanálise, que pôs em destaque a verdadeira existência de necessidades «coactivas» ou «compulsivas de castigo» por parte da comunidade. – vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 195 e ss.

²⁹⁴ - Autor referenciado por RUIVO, Marcelo Almeida – “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades”, 2012, p. 195.

²⁹⁵ - Por exemplo, ROSA, Manuel Cortes – “Natureza jurídica das penas fiscais”, 1999, p. 7: “(...) no nosso sistema jurídico é assinalado à pena criminal uma função retributiva. (...) a pena há-de corresponder à culpabilidade do delinquente ou, o que é dizer o mesmo, há-de traduzir-se numa reacção cuja intensidade varia consoante o grau daquela culpabilidade.”

fidelidade às normas violadas²⁹⁶. A culpa opera como um verdadeiro índice das necessidades de punição e merecimento de pena por parte do agente, necessariamente complementada por perspectivas preventivas. A retribuição é expressão dos princípios da liberdade e da autonomia envolvendo a ideia de responsabilidade, cujo fundamento assenta num juízo axiológico ou ético-jurídico representado pela culpa do agente na conduta delitiva. Condenar em uma sanção com o fim de punir, de compensar a culpa demonstrada no ilícito é reconhecer a escolha efectuada pelo agente, é atribuir relevo à sua autoconsciência e autodeterminação, nada mais, nada menos, que emanações do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, será através da *justa retribuição* que se farão sentir as exigências de igualdade e proporcionalidade, não no anterior sentido da correspectividade entre a pena e o crime, mas no de relação de proporcionalidade entre o desvalor sentido pela sociedade e a culpa do delinquente. E não se diga que o grau de culpa exteriorizado pelo agente é indiferente para a sociedade. Bem pelo contrário. Há, ao invés, uma tendência clara para acentuar o juízo de censurabilidade e reprovação da culpa do agente para lá do que o caso realmente reclama, manifestando-se, subsequentemente, na exigência de uma dura e insaciável punição.

O que se veio de dizer não implica, contudo, a recusa de uma utilidade social subjacente à aplicação de uma pena, pois ela deve ser vista *também* como um instrumento ao serviço de uma finalidade político-social²⁹⁷. Por arrogar a conciliação entre as diversas finalidades da pena, é nas teorias unificadoras ou mistas - na concepção da teoria diacrónica dos fins da pena - que se deve indagar da resposta ao problema. Elas são, por um lado, suficientemente flexíveis permitindo ao julgador alcançar as individualidades de cada caso e fazer reflecti-las na pena a fixar como, por outro lado, não deixam de apresentar um fio condutor a que o julgador se deve ater e que, tal como acima exposto, é repartido em três momentos distintos (o da cominação legal, o da determinação da medida

²⁹⁶ - Igualmente neste sentido, RUIVO, Marcelo Almeida – “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades”, 2012, p. 198.

²⁹⁷ - E é precisamente este aspecto que foi cuidadosamente referenciado no preâmbulo do Código Penal aprovado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, onde se lê: «... o atribuir-se à pena um conteúdo de reprovação ética não significa que se abandonem as finalidades de prevenção geral e especial nem, muitos menos, que se sugira o alheamento da recuperação do delinquente. Quanto à prevenção geral, sabemos que não há verdadeira antinomia entre esta finalidade e a culpa (...)».

concreta da pena e o da execução), que envolvem uma variação na intensidade de cada finalidade considerada. Afastada está, ainda, qualquer insanabilidade entre culpa e prevenção, caminhando a justa retribuição lado-a-lado com as expectativas da comunidade, viabilizando-se a reafirmação da norma violada²⁹⁸. É nossa convicção a de que é da junção de ambas as teorias que sai o melhor das finalidades da pena, servindo a prevenção especial para ditar a adequação das penas ao agente em causa, operando como um *ajuste final* à pena. Não obstante, advirta-se que são inteiramente justificáveis os casos em que a culpa se afasta das necessidades impostas pela prevenção geral – como as situações de culpa diminuída, de embriaguez, toxicodependência, grave negligência rodoviária, culpa viciada pelas circunstâncias do caso e do agente, entre outras. Mas elas são delimitadas e à partida já conhecidas, não inviabilizando ou retirando a razão de ser às teorias unitárias. Afinal, é a pura constatação das cedências recíprocas que as finalidades devem fazer entre si e a prova viva da superação da natureza absoluta da retribuição. Tanto assim é que, por exemplo, a jurisprudência das instâncias superiores, mormente, a do STJ, tem vindo a conferir relevo às três finalidades da pena com expressa menção da sua concordância prática²⁹⁹. Se se

²⁹⁸ - “Em princípio pois não se antevêm conflitos insanáveis entre culpa e prevenção geral de integração.” Quem o afirma é DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal. Parte Gera. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2011, p. 83; Note-se que também ANABELA MIRANDA RODRIGUES reconhece que a culpa é apta a «lidar-limitar» com sucesso a realização das finalidades que atribui à pena (de prevenção geral e especial) e que “... à partida, culpa e prevenção se colocam entre si numa relação de recíproca funcionalidade (...)” - cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 313. No sentido perfilhado no texto, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, Volume I*, 1993, p. 58, de onde faz constar que a prevenção geral não actua convenientemente se não tomar em conta o pensamento retributivo, entendendo, nas suas conclusões sobre o problema dos fins das penas que “(...) a pena só ganha toda a sua razão de ser quando encarada de um ponto de vista retributivo”. - p. 62 - e que “(...) a retribuição impõe o estabelecimento do quantum máximo de pena que é justo que o delinquente sofra. Mas sendo assim, logo se vê que a retribuição pode sempre conciliar-se com o quantum da pena exigido pelas necessidades de prevenção geral – a pena que seja necessária e suficiente para intimidar a generalidade das pessoas, afastando-as da prática de crimes: ponto é que a prevenção seja justa.” - p. 65.

²⁹⁹ - Realidade demonstrada por MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, pp. 258 e ss., de onde faz constar variadas referências a acórdãos do STJ. Vide, por exemplo, acórdãos do STJ, ambos disponíveis em www.dgsi.pt, de 11/11/99, relator Oliveira Guimarães, processo n.º 959/99: «A defesa da ordem jurídico-penal, tal como é encarada e interiorizada pela consciência colectiva (prevenção geral), será sempre a finalidade principal a prosseguir no quadro da moldura penal abstracta, entre o mínimo em concreto imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade das normas violadas, e o máximo que a culpa consente: entre esses limites, no equilíbrio entre as prevenções (geral e especial) e no respeito pela dimensão a conferir à culpa (no já adequado a ela, no ainda adequado a ela, e no correctamente ajustado a ela), se satisfarão as finalidades das

diz que não se mostra tarefa fácil a concretização da medida da pena pela culpa faça-se sobressair que as teorias da moldura preventiva não oferecem utensílio melhor ao julgador para que averigue da pena apta a satisfazer o pulsar da comunidade ou para o auxiliar no *quantum* necessário à preservação da confiança na validade de normas³⁰⁰. Por esse motivo, o campo aúreo da finalidade de prevenção geral positiva situa-se a montante do momento de determinação da pena, aquando da positivação pelo legislador do tipo legal de crime e da moldura penal abstracta correspondente. Ora, mais do que a moldura penal abstractamente cominada na lei, será com a determinação e condenação na sanção que se logrará a pena justa e adequada à culpa pela violação dos valores e interesses pressupostos na norma violada e às perspectivas de socialização do delinquente.

No que concerne ao artigo 40.º do CP, parece-nos clara a efectiva opção do legislador pelas teorias preventivas, nomeadamente, na sua vertente de protecção de bens jurídicos e ressocialização do agente (n.º1), não sendo, à partida, de acolher interpretações em sentido diverso. Questão ligeiramente distinta é o da legitimidade de um artigo do código penal para, em termos categóricos, por fim a uma discussão doutrinária que não alcança consenso e que não é compatível com um *congelamento* ou *solidificação* legais³⁰¹. Ao ser de natureza indicativa ou orientadora para o julgador impugnada fica a sua concreta utilidade, o que é reforçado ainda pelo teor do artigo 71.º do CP que continua a prever no elenco das circunstâncias relevantes para a determinação

penas.»(sublinhado nosso); ou ainda, acórdão de 04/05/2011, relator Armindo Monteiro, processo n.º 1702/09: «O legislador penal atribui, pois, à pena uma função pragmática, utilitária, se bem que, na prática, ao aplicador da lei não seja indiferente a ideia de retribuição do mal causado, pela ponderação da culpabilidade do agente (...)».

³⁰⁰ - Pronunciando-se a respeito da falta de referências substanciais seguras da teoria da prevenção geral positiva para coadjuvar à determinação da medida da pena, PALMA, Maria Fernanda – “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, pp. 43 e 44: “(...) a prevenção geral positiva tende a basear-se em dados psicológicos sobre as expectativas sociais e, nesse caso, dificilmente deixa de instrumentalizar à psicologia das multidões a censura do indivíduo ou, então, pode converter o julgador em arauto de critérios éticos com o risco da subjectividade na interpretação da consciência ética colectiva.”

³⁰¹ - Atente-se às palavras de MARIA FERNANDA PALMA: “Se quisermos encarar, sem rótulos, o problema das finalidades da punição, em casos semelhantes, reconheceremos, provavelmente, inominados critérios de justiça em decisões judiciais inultrapassáveis por qualquer severa disciplina legal das finalidades de punição.” – v. PALMA, Maria Fernanda – “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, p. 46.

da medida da pena o grau de culpa do delinquente³⁰², dando assim guarida a uma teoria unificadora dos fins da pena. Eleger a protecção de bens jurídicos a finalidade primária da pena parece-nos algo redundante: afinal, não é essa a *função* do direito penal globalmente considerado? A protecção de bens jurídicos é o propósito de toda a política criminal e simultaneamente o factor legitimador da lei penal, pelo que não representa uma especificidade das penas, nem um seu objectivo primordial. Em termos genéricos, os bens jurídicos tanto podem ser protegidos através de uma pena aplicada num tribunal, como por via de uma medida aplicada pela polícia ou administração do Estado. A pena é e visa obter mais do que isso. E a medida da pena deve ser encontrada dentro de uma moldura da culpa, como defendido por ROXIN, apresentando-se como pressuposto, limite, fundamento e critério determinante da medida da pena.

“*Eu sou eu e as minhas circunstâncias...*”³⁰³. Como tal, é fulcral, a nosso ver, a prevenção especial positiva, merecedora de louvor por ter colocado ênfase na importância de se olhar ao agente e de se atender às condições pessoais deste. Efectivamente, não há dois crimes iguais, nem há duas pessoas iguais e como bem realça MARIA FERNANDA PALMA, “[a] medida da igualdade e da justiça no que respeita à censura do comportamento criminoso só pode radicar no conhecimento da pessoa e na sua compreensão.”³⁰⁴. Ora, a demanda pela ideia de eficácia e prevenção da criminalidade significa, muitas vezes, um afastamento do caso concreto e da respectiva justiça do caso³⁰⁵. Quanto à prevenção especial e ao seu completo domínio em matéria de execução das penas, nada a acrescentar. Tanto mais quanto é sabido que o cumprimento da pena pelo criminoso realiza-se com desconhecimento ou desinteresse geral, sendo que o conhecimento que as pessoas têm a respeito das normas penais, na parte da execução de penas é

³⁰² - Assim, MARIA FERNANDA PALMA, chamando a atenção para o facto de os próprios artigos 71.º e 72.º do CP não excluírem os critérios da culpa na fundamentação da medida da pena: “A decisão de punir exige um primeiro juízo de culpa (em abstracto) sobre o facto, restringe-se pela necessidade de efectivar tal juízo em concreto numa óptica de prevenção e volta de novo a controlar o alcance da prevenção pela adequação de culpa da pena à pessoa.” – cfr. PALMA - Maria Fernanda, “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, p. 41.

³⁰³ - Famosa citação de JOSÉ ORTEGA Y GASSET, filósofo espanhol.

³⁰⁴ - PALMA, Maria Fernanda - “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, 2009, p. 39.

³⁰⁵ - Fundamental é que os sujeitos sejam julgados segundo a medida da sua pessoa e não segundo a mera utilidade para os fins de outros. Cfr. ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 235.

vaga ou extremamente superficial, daí que não se possa querer atribuir valor preventivo geral ao cumprimento de uma pena³⁰⁶. Mas o que exigir para a ressocialização do agente? E que limites é que devem ser observados? A este respeito, apoiamo-nos na opinião esgrimida por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, de manifesta contraposição a todos aqueles que apelam ao cuidado na restrição a realizar à liberdade de consciência de cada um³⁰⁷, ou à impossibilidade com que se deparam as pretensões de modificação do agente na sua consciência e modo de ser/viver, visando moldar a responsabilidade social e moral do agente. Não se descarta o peso que tem a colaboração e abertura do delinquente para a sua ressocialização, que é meio caminho para a assimilação dos principais valores da comunidade e consequente êxito da finalidade preventivo-especial. O problema reside no tipo de meios que se empregam (coactivos) e na própria legitimidade desta concepção de ressocialização, que nem sequer consegue avaliar da sua eficácia junto dos delinquentes. Ainda assim, entende-se que o direito penal não pode (nem deve) ignorar a finalidade educativa e orientadora que assiste à pena uma vez concebida como meio de prevenção ao serviço da protecção efectiva dos cidadãos, o que supõe a atribuição de um significado directivo, imperativo, de regulação social, à norma jurídico penal. É verdadeiro que, a longo prazo, a norma penal reveste uma função de criação de expectativas sociais que motivam a colectividade contra o cometimento de crimes³⁰⁸. Mas somos incitados a ir mais longe: não se deve anuir que as normas penais motivem *unicamente* através da ameaça directa com a pena. Expecta-se uma autêntica interiorização do conteúdo axiológico inerente às normas penais, intensificada através da aplicação de penas e da

³⁰⁶ - Constatação de SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 296 e ss., em que descreve esta hipotética atribuição de valor preventivo como uma «aspiração ilusória».

³⁰⁷ - “[p]onto de vista que, no devido respeito, roça o exagero e se afasta da realidade humana como um todo. Desde muito cedo que os padrões educativos, por exemplo, oferecem incentivos ao aluno, e são aceites socialmente, desde que o objectivo seja uma melhoria da formação e da adequação do comportamento à boa vivência em sociedade.” – Apud, MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, p. 79.

³⁰⁸ - Assim, PUIG, Santiago Mir - *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1982, p. 42.

ressocialização dos agentes, só assim se estabelecendo uma sã vivência no seio da comunidade por via da prevenção e erradicação do crime³⁰⁹.

Em conexão com a desejada eficácia da pena cumpre aludir à indispensabilidade de uma sua aplicação pronta, rápida e eficiente. Ou seja, não há como fugir à realidade da pena enquanto mal intrínseco, enquanto sofrimento imposto pelo Estado a que se juntam as demais consequências adversas que decorrem indirectamente da aplicação de uma pena e que poderão ser tão ou mais graves que os efeitos directos desta - o desconceito social, o afastamento da família e a desorganização desta, as privações, vexames, o descalabro económico, *etc.* A pena é um castigo, uma repreensão pública necessária, cuja intensidade retrata um cariz intimidatório útil à prevenção criminal. No entanto, não é só de penas implacáveis que o direito penal engrandece; é também fundamental a certeza da condenação e aplicação de uma pena³¹⁰. Em matéria de eficiência das penas e suas implicações, nada como recorrer às inagualáveis palavras de BECCARIA: *“Quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será. Digo mais justa, porque poupará ao réu os inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; (...) mais útil porque quanto menor é a distância do tempo que passa entre a pena e o crime, tanto mais forte e duradoura é no espírito humano a associação destas duas ideias, delito e pena, de tal forma que, insensivelmente, considera-se um como a causa do e a outra como o efeito necessário e inelutável.”*³¹¹.

Para terminar, reitera-se a ideia de que não se antevê qualquer obstáculo por se atender a uma pluralidade de fins mediante a aplicação de uma pena³¹². De igual modo, não há que temer uma relativa amplitude das finalidades da pena,

³⁰⁹ - Com uma visão algo idêntica, PATTO, Pedro Vaz - *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões*, 2011, p. 20: *“Mas será possível conduzir um agente à observância dos ditames do sistema jurídico-penal sem apostar na sua motivação interior? E essa motivação não terá de ser mais sólida do que a que decorre do temor das sanções e das desvantagens que, no plano puramente utilitarista, lhe possam estar associadas?”*.

³¹⁰ - Vide SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 275: *“A experiência demonstra que tem relativamente mais importância a rapidez e a certeza da aplicação da pena do que a severidade desta.”*

³¹¹ - BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*, 2009, pp. 102 e 103.

³¹² - É a orientação adoptada por A. LOURENÇO MARTINS e com a qual nos identificámos – cfr. MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, p. 156.

por isso não implicar necessariamente a «desorientação»³¹³ do juiz na realização do direito, nem a perda de referencial legitimador da punição³¹⁴; ao julgador, dentro de certos limites assegurados pelo dever de fundamentação da medida da pena fixada, é que caberá prover à justiça do caso concreto e atribuir a pena que melhor satisfaça as exigências do caso – como a culpa do agente, a intensidade do ilícito, as especiais qualidades do agente e a paz jurídica atormentada³¹⁵.

³¹³ - Expressão de RUIVO, Marcelo Almeida – “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades”, 2012, p. 199.

³¹⁴ - Novamente, a este propósito e baseando-se no percurso que realizou pela jurisprudência nacional, em especial, do STJ, uma das percepções com que A. LOURENÇO MARTINS seguramente ficou foi a de que “(...) *existe uma natural – aqui diria intransponível – margem de liberdade deixada ao Julgador para encontrar a pena a aplicar, quer pelo «modelo de prevenção» - entre o ponto mínimo e o ponto óptimo das expectativas comunitárias na validade da norma -, quer pelo «modelo de culpa».* O que acontece, porém, é que se parte de parâmetros relevantes diferentes.” – v. [MARTINS, A. Lourenço. Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência](#), 2011, p. 460.

³¹⁵ - Consulte-se o acórdão do STJ, de 14/07/2010, relator Raul Borges, processo n.º 408/08, disponível em www.dgsi.pt, onde se lê: «Observados estes critérios de dosimetria concreta da pena, há uma margem de actuação do julgador dificilmente sindicável, se não mesmo impossível de sindicat. O referido dever jurídico-substantivo e processual de fundamentação visa justamente tornar possível o controlo - total no caso dos tribunais de relação, limitado às «questões de direito» no caso do STJ, ou mesmo das relações quando se tenha renunciado ao recurso em matéria de facto - da decisão sobre a determinação da pena.»

CAPÍTULO VII - DAS FINALIDADES DA PENA E DA SUA (IN)APLICABILIDADE ÀS PESSOAS COLECTIVAS

Desde cedo que as finalidades da pena e a sua alegada inaplicabilidade às pessoas colectivas representaram um obstáculo à aceitação da responsabilidade penal daquelas. Na esteira de ÁLVARO GOMES RODRIGUES, “[o] *tormentoso problema da responsabilidade penal directa das pessoas colectivas (...) assume no plano da censurabilidade e dos fins das penas o seu «apex»*.”³¹⁶ Refira-se, por exemplo, BELEZA DOS SANTOS, que não via com bons olhos a responsabilização criminal das pessoas colectivas, sendo mesmo um dos Autores que mais constrangimentos prenunciava quanto à viabilidade das finalidades de penas dirigidas a pessoas colectivas. Melhor: o Autor fazia *depend*er a aceitação desta responsabilidade da resposta a que se chegasse quanto à questão da aplicabilidade ou não dos fins das penas a entes colectivos. Admitia como adequável o fim da prevenção geral, o mesmo já não sucedendo com a prevenção especial, pois que a pena pressupõe a culpa e esta é individual³¹⁷. De igual modo, para lá do particular enfoque que atribuía à incapacidade de acção das pessoas colectivas – fazendo deste o seu *estandarte* contra tal responsabilização – EDUARDO CORREIA entendia que os próprios fundamentos ético-jurídicos dos fins das penas obstavam à responsabilidade penal das pessoas colectivas, mais especificamente, que a retribuição só faz sentido quanto a actos praticados por pessoas individuais, actos determinados pela vontade individual e psicológica do agente, expondo ainda o Autor a ausência da característica da corrigibilidade por parte de entidades abstractas³¹⁸. Por sua vez, JOÃO CASTRO E SOUSA apontava as pessoas colectivas como carecidas de imputabilidade, comprometendo-se, por conseguinte, a aplicabilidade de penas a estas entidades, uma vez que o *ser-se imputável* pressupõe um juízo de desvalor ético sobre o comportamento humano, juízo este que deve ser *sentido*, só devendo a pena ser aplicada na

³¹⁶ - RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, 1999, p. 244.

³¹⁷ - *Apud*, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 41 e ss.

³¹⁸ - CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal*, I, 1993, pp. 234 e 235.

medida em que o agente possa ser censurado eticamente pela sua acção³¹⁹. O Autor concluía, então, em sentido negativo quanto à possibilidade de se lhes aplicar penas e trazia ainda à evidência um aspecto crucial: o de que tal conduziria forçosamente a uma *dupla natureza* das penas consoante se dirigissem a uma pessoa singular ou a uma pessoa colectiva, agravado pela circunstância de ser impossível reconhecer-lhes finalidades de retribuição, bem como de prevenção especial e recuperação social do delinquente³²⁰. Em sentido semelhante, MANUEL CORTES ROSA, que defende que as pessoas colectivas carecem de «capacidade para serem destinatárias de penas», recusando ver nas penas aplicáveis a entes colectivos uma «função retributiva» e o fim de prevenção especial³²¹; e ainda ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, para quem o sistema de sanções aplicáveis, *i.e.* penas ou medidas “(...) *descansa en unos presupuestos psicológicos individuales, culpabilidad-peligrosid, en función de las cuales se asigna al sistema de sanciones unas finalidades de prevención general o especial que difícilmente pueden lograrse en el ámbito de las personas jurídicas.*”³²²

Surgem, de imediato, um considerável número de questões a este respeito. Pode efectivamente falar-se de uma inaplicabilidade das finalidades da pena quando o sujeito criminoso é uma pessoa colectiva? Caso a resposta seja negativa, como conceber as três finalidades *supra* referenciadas quando administradas a entes colectivos? Todas as finalidades logram aplicação? A dimensão ética e ontológica da pena, extensível às suas finalidades, não colide *frontalmente* com a natureza destes entes? Intentaremos responder a estas questões. O desafio é evidente. Mas reconhece-se o esforço da doutrina e as suas tentativas em fazer edificar toda uma dogmática *engenhosa* e capaz de ingressar no direito penal, pois que afinal “(...) *o preço a pagar pelo facto de não querermos*

³¹⁹ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, pp. 114 a 118. Dizia o Autor que “[a]s penas não podem, como pretende um pensamento puramente finalista, pragmático, reduzir-se a meros meios de realização de certas finalidades: a protecção de certos valores ou bens jurídicos. E não podem porque a pena, como instituição, tem um sentido anterior à sua própria função.” – p. 116. Comportando uma essência e um juízo de desvalor éticos, não poderia a pena ser aplicada a pessoas jurídicas sem qualquer substracto psicológico.

³²⁰ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 117.

³²¹ - ROSA, Manuel Cortes – “O problema da aplicabilidade de multas às pessoas colectivas, por violações de deveres fiscais”, 1999, p. 47.

³²² - MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, pp. 244 e 245.

*tratar de igual forma aquilo que é essencialmente desigual não pode ser o da impunidade das pessoas colectivas em caso de infracções lesivas da vida em sociedade por estas praticadas, mas antes a elaboração de uma doutrina jurídico-científica, com os seus recortes conceptuais adequados (...)*³²³.

Já anteriormente se salientou a ligação íntima existente entre o desenvolvimento do Direito Penal Económico e a temática da responsabilização criminal das pessoas colectivas, pelo que também aqui se efectuará uma análise conjunta das problemáticas. Procurar-se-á saber se tal ligação íntima é extensível à partilha de finalidades das penas entre um e outro, expondo-se em título próprio as especificidades no tocante às pessoas colectivas que, por si só, reclamam uma abordagem diversa em virtude da sua natureza.

9. AS FINALIDADES DA PENA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL ECONÓMICO

Todo o direito penal deve encontrar subterfúgio na protecção de bens jurídicos emanados da Lei Fundamental e reconhecidos como tal pela comunidade³²⁴. Com o Direito Penal Económico não é, nem poderia ser, diferente. Ele surge como uma concretização de direitos sociais e de organização económica positivados na Constituição da República Portuguesa, e confere tutela a bens jurídicos relacionados com a actuação do Homem enquanto ser social, ligado a uma determinada comunidade e em dependência recíproca dela. Ainda assim, há lugar a notórias diferenças entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Económico, nomeadamente, quanto aos fundamentos, sentido e até limites da pena³²⁵. Para o primeiro, uma actuação não é injusta só por ser proibida. Ela é proibida *precisamente* por ser injusta e esta é uma característica que não se pode reconhecer com igual veemência ao direito penal secundário, pois que neste, a

³²³ - RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, 1999, pp. 249 e 250.

³²⁴ - CUNHA, Paulo Ferreira da – “Ultima ratio – uma (re)visão filosófico-constitucional da ciência do direito penal”, 2013, p. 161.

³²⁵ - Entre outros, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, 1999, pp. 228 e 229.

maioria das condutas vedadas tornam-se injustas porque assim consideradas por lei e por serem, subsequentemente, sancionadas³²⁶. Na área do penal económico opera um processo valorativo de raciocínio inverso que ilustra a necessidade de fazer actuar as vestes educativa, de regulação social e de integração da norma violada por parte das penas. Estas servirão de interpelação social, de vigorosa chamada de atenção para a relevância dos bens jurídicos que se pretende proteger³²⁷. No domínio do Direito Penal Económico, constata-se a derradeira importância da pena enquanto instrumento privilegiado de prevenção geral positiva, na sua estrita vertente de afirmação do direito, de confirmação da validade e eficácia das normas violadas aos olhos da comunidade jurídica, ensinando-a e conformando as suas condutas ao ordenamento jurídico. Dizemos estrita porque a condenação pelo juiz terá a vocação de um esclarecimento público, de demonstração do teor criminoso da conduta praticada, de modo tal que o factor “expectativas sociais no *quantum* da condenação” ou correspondência da sanção ao “pulsar da comunidade” não exercerão uma influência perceptível no âmbito da moldura da pena a aplicar. Julga-se ter cabimento, a este respeito, exemplificar com o seguinte raciocínio: a deixarem de punir-se os crimes clássicos, commumente associados aos crimes mais graves – aqueles que afectam os bens jurídicos de maior valor ético e axiológico – não surgirão dúvidas ou hesitações na consciência jurídica comunitária quanto à validade intrínseca daquele bem ou dever de respeito que lhes é exigível. Internamente, cada um saberá que certas actuações são reprováveis e que devem ser sancionadas. Em sentido algo inverso se passam as coisas na chamada neo-criminalização e no direito penal secundário sendo, inúmeras vezes, a sanção efectivamente aplicada a promover e a facilitar a consciencialização e assimilação das condutas adequadas por parte da sociedade. Pode falar-se, aqui, de um verdadeiro predomínio da prevenção geral positiva aliada a uma criminalização que não só é legítima, como é substancialmente

³²⁶ - Vide esta orientação também em MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 512, afirmando que, quando o assunto é a criminalização no direito penal económico “(...) é preciso a sanção para que nasça o bem jurídico (...)”, uma vez que os imperativos do direito económico não provêm necessariamente de linhas de valoração cultural *preexistentes*, interiorizadas e actuates na consciência colectiva.

³²⁷ - Neste sentido, PATTO, Pedro Vaz – “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, p. 398.

necessária sob o ponto de vista social³²⁸. Muito embora a criminalidade económica cause danos infinitamente superiores àqueles que resultam dos (clássicos) crimes patrimoniais, ela não é acompanhada de idêntica reprobção social e, nem tão pouco, do estigma que incide sobre o estereótipo tradicional de ladrão ou burlão³²⁹.

Não obstante, é frequente pensar-se que não há lugar à prevenção geral de integração e que o «acento tónico» deve ser colocado na prevenção geral de intimidação como finalidade capital da pena no seio da criminalidade económica ou secundária³³⁰. Uma tal constatação encontra amparo junto da conhecida teoria de FEUERBACH sobre o «poder apetitivo»³³¹ específico do homem, que tem absoluta pertinência no campo da criminalidade económica, marcadamente orientada por critérios de estrita racionalidade e de verdadeira «ratio calculatrix»,³³² que reforça a vertente intimidatória que deve acompanhar a aplicação de penas. Acresce que há mesmo autores que se referem ao peculiar efeito de contágio deste tipo de criminalidade, de umas empresas para outras, especialmente, se rivais entre si³³³. Ora, não se duvida que a reacção social causada por certo tipo de crimes, designadamente, os crimes fiscais, ambientais ou contra a economia, não é tão fervorosa quando comparada aos delitos clássicos. Daí que seja fundamental tornar o *desprazer* da pena superior ao

³²⁸ - Com esta opinião, DIAS, Jorge Figueiredo – “O Direito Penal na ‘Sociedade do risco’”, 2001, p. 176, enfatizando que a validade destas conclusões, relacionadas com a necessidade, do ponto de vista preventivo geral positivo e negativo, destas incriminações do penal secundário valerem não só para agentes individuais mas também “... e de modo muito particular, para a actuação dos entes colectivos.”

³²⁹ - Aqui, recorrendo a COSTA, José de Faria - *Direito Penal Económico*, 2003, p. 82, em que enfatiza, precisamente, a atenuação da reprobção social sobre os crimes económicos e do restante direito penal secundário.

³³⁰ - Vide RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, 1999, p. 229, que destaca que Autores como EDUARDO CORREIA ou KLAUS TIEDEMANN adoptam esta perspectiva. A este respeito, FIGUEIREDO DIAS afirma: “*Só que o nível necessário e legítimo de integração pode, em muitos domínios deste direito [penal económico], ser superior àquele com que se basta o direito penal geral. Por isso também – mas só por isso – pode em tais domínios assinalar-se um mais lato papel (...) à componente da intimidação e da dissuasão.*” – cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, vol. I, 1998, p. 380; ou ainda, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 440.

³³¹ - Vide *supra*, Cap. V., Subcap. 2. (2.1) p. 9.

³³² - Curiosa e elucidativa expressão utilizada por COSTA, José de Faria - *Direito Penal Económico*, 2003, p. 87.

³³³ - Cfr. MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, pp. 221 e ss.

eventual *prazer* trazido com o cometimento do crime, havendo que fomentar o medo das sanções potencialmente aplicáveis em simultâneo com o temor de se cair nas ‘malhas da justiça’³³⁴. Além disso, não se esqueça que contrariamente ao direito penal clássico, cuja ressonância ética dos valores preservados é bem mais acentuada, (basta pensar no bem jurídico: vida, liberdade, integridade física e moral, *etc.*) é concebível a ideia de que as pessoas se abstenham da prática de crimes por verdadeiros acessos de consciência cívica. Mas poderá afirmar-se o mesmo no campo do direito penal secundário em que essa ressonância ética não é tão sentida pela comunidade? Temos sérias suspeitas. O que é agravado pela circunstância da sanção penal apresentar inevitavelmente maiores perspectivas de ser eficaz quando actua de harmonia com o sentimento da generalidade das pessoas³³⁵. O que leva a concluir que a prevenção geral é paradigmática, seja pela via de intimidação, ameaça e dissuasão, seja pela via positiva da integração normativa, difusão e instrução de um *dever ser* socialmente *amortecido* nestas matérias. Faça-se notar, contudo, que delinquente associado aos crimes económicos é vulnerável à reprovação social de que se fazem acompanhar os processos-crime, afinal, o ser humano, enquanto ser socialmente (bem) integrado, “...*embora em graus e modos muito diversos, [é] sensível à consideração dos outros (...)*”³³⁶, sendo que a “...*perspectiva do escândalo e da vergonha do processo criminal e da pena refreia em alguns, senão em muitos, o impulso de cometer crimes.*”³³⁷. Correspondentemente, uma má publicidade afastará no presente e para o futuro potenciais delinquentes. *Sharp-Short-Shock*³³⁸. Esta expressão é o chavão utilizado para descrever o impacto que devem ter as penas

³³⁴ - A insistência na prevenção geral negativa, no que respeita a entes colectivos e, mais intensamente, no que concerne à criminalidade económica e secundária é requerida por ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ. Como pura curiosidade, a Autora descreve a realização de entrevistas e estudos realizados por KLAUS TIEDEMANN ou MARK GREEN, a homens e mulheres de negócios, de que resultaram conclusões acerca da elevada eficácia preventiva da pena privativa de liberdade, bem como da insuficiência da pena de multa para efeitos de intimidação – v. MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, pp. 218 e 219.

³³⁵ - Afinal de contas, é a reprovação social que torna exequível a repressão penal – di-lo SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 210. Quando assim não é, ganha toda uma nova força a função preventiva geral atribuída às penas.

³³⁶ - SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 259.

³³⁷ - *Idem*, p. 262.

³³⁸ - Ou, se se preferir, na senda de COSTA, José de Faria - *Direito Penal Económico*, 2003, pp. 91 e 92, a enunciação de que as penas devem ser «acutilantes», «curtas» e «chocantes», que de antemão serve de o propósito de nos situar quanto à distância que nos separa daquelas que são as finalidades das penas no direito penal clássico.

no presente contexto e que explica a clara preferência pela pena privativa da liberdade, ainda que de curta duração³³⁹, impulsionados pela averiguação de que, nestes casos, não há a contra-indicação do efeito criminógeno que poderia resultar de uma temporada na prisão, à imagem do que sucede frequentemente com os delinquentes comuns³⁴⁰.

No respeitante à prevenção especial positiva ou de socialização a doutrina não é unívoca. Invoca-se que são escassas as situações em que é verdadeiramente necessária uma socialização ou que tal hipótese seja sequer levantada, uma vez perante o típico criminoso de colarinho branco³⁴¹, onde seria óbvia a ausência de necessidades ressocializadoras atento o elevado *status* económico e social dos delinquentes, respeitados no seu modo de vida e plenamente estáveis e inseridos na comunidade³⁴². Compreende-se o ponto de vista e aceita-se que o delinquente económico em nada se assemelha ao padrão do delinquente comum. Mas querer extrair das qualidades do agente a

³³⁹ - Apologista da pena privativa da liberdade de curta duração, em especial, para delitos económicos, ACHENBACH, Hans – “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, 1995, p. 401.

³⁴⁰ - Argumento exposto pela maioria da doutrina: DIAS, Jorge de Figueiredo – “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, 1998, p. 383; MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, p. 231; ou SCHÜNEMANN, Bernd – “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, 1998, p. 551. Confirma-se, aliás, que a sensibilidade do delinquente económico à ameaça da pena privativa da liberdade e a sua indiferença face às penas pecuniárias expressamente consignada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que consagrou o regime das Infracções Antieconómicas e contra a Saúde Pública.

³⁴¹ - A relevância das características deste típico agente criminoso não é de menosprezar, mais a mais, quando o panorama é o da criminalidade económica. Segundo SUSANA AIRES DE SOUSA, o critério definidor do direito penal económico nem sempre foi assumido pelo bem jurídico a proteger, mas pelo *status* e natureza do agente infractor, desde à muito devidamente apontado e caracterizado por SUTHERLAND graças à sua teorização acerca dos *white-collar crimes*, cfr. SOUSA, Susana Aires de – “Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?”, vol. III, 2009, pp. 439 e ss. Contra a concepção da criminalidade económica demasiadamente apegada aos agentes de elevado estatuto sócio-económico, BANDEIRA, Gonçalo de Melo - «Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes colectivos. *À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, pp. 34-36, para quem a caracterização do delito económico se estrutura, hoje, “(...) muito menos na respeitabilidade do autor e sua respectiva pertença às «classes altas» e muito mais na especificidade do acto (*modus operandi*) e no objectivo do seu comportamento.”

³⁴² - Com esta opinião, por exemplo, PATTO, Pedro Vaz – “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, p. 413; e JORGE DOS REIS BRAVO, destacando que face a comportamentos criminosos de natureza anti-económica, tributária, informática, laboral, etc., não se colocam grandes preocupações de índole ressocializadora, estando em causa neste tipo de criminalidade, fundamentalmente, finalidades político-criminais de ordem preventiva – cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 85.

inaplicabilidade de finalidades preventivo-especiais é algo com o qual não se pode concordar³⁴³. Com a sua conduta, o agente económico demonstrou nada mais, nada menos, que a não aceitação (ou o incumprimento voluntário) de normas jurídico-penais. Ora, não perspectivar a execução de um crime como a manifestação de uma carência de socialização por parte daquele que delinuiu, ainda mais quando do foro económico, é desvirtuar o conceito de agente adequadamente socializado. Está em causa uma atitude pessoal face ao ordenamento jurídico, com a agravante de se tratar do meio específico e categorizado onde o agente age e exerce a sua actividade do dia-a-dia. Não o reconhecer é perfilhar um entendimento erróneo daquilo que se pretende com a ressocialização, ou pelo menos, com a ressocialização no seio da delinquência económica: o agente pretere a regulação específica do seu meio quotidiano e renega os valores supraindividuais protegidos pela norma violada, tudo em prol de prosseguir um só e único interesse: o seu. Isto também deve significar uma exigência acrescida de retribuição, de censurabilidade ao agente atenta a clara motivação para o cometimento do crime e para alcançar as vantagens e benefícios que dali lhe poderiam advir, à custa da fidelidade ao ordenamento jurídico e integridade dos bens tutelados. A intervenção penal deverá, pois, ser moldada pelo contexto particular do delito e pelas características do delinquente, sendo a prevenção especial um critério orientador fiável para a escolha e determinação da medida da pena³⁴⁴.

Focando agora as atenções na finalidade retributiva da pena e ao juízo de reprovabilidade que deve recair sobre estes agentes, não deixa de ser curioso notar que, ao passo que nos situamos numa área do direito penal a que por vezes se associa um menor valor axiológico dos bens jurídicos protegidos ou, até, uma *quase* neutralidade dos mesmos – que faria com que, em abstracto, a moldura

³⁴³ - Criticando fortemente a desconsideração da prevenção especial nos *white-collar criminals*, DIAS, Jorge de Figueiredo – “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, vol. I, 1998, p. 382; em defesa da prevenção especial no âmbito da criminalidade económica, MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, p. 227.

³⁴⁴ - Neste sentido, vide SANTOS, José Beza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 300 e ss. Por seu turno, FIGUEIREDO DIAS entende que um eficaz efeito de prevenção especial é mais fácil de alcançar no direito penal económico e que, para tanto, contribui a circunstância de estigmatização que deriva da pena e da sua maior susceptibilidade em afectar a *self-image* do delinquente como pilar de respeitabilidade - cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo – “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, vol. I, 1998, p. 383.

penal se apresentasse abaixo daquela que é estipulada para a criminalidade clássica – deparámo-nos com a presença de um considerável juízo de censurabilidade sobre as condutas ilícitas e os agentes que as materializam³⁴⁵. Com isto queremos dizer que o facto de os cidadãos beneficiarem de um *status* económico-social estável, o facto de se encontrarem inseridos no meio comunitário a que pertencem e, pior, o facto de haverem cometido um ilícito criminal relacionado com uma área delimitada e que directamente lhes diz respeito só pode abonar em sentido que lhes é absolutamente desfavorável. Requer-se destes agentes um acréscimo de cuidado e responsabilidade face às implicações das actividades que desenvolvem ou do meio em que agem. Importa, fundamentalmente, fazer ver aos agentes criminosos (e a toda a sociedade) que as qualificações de que são beneficiários não podem ser utilizadas em proveito próprio e, subsequentemente, em detrimento da sociedade, comportando por essa razão um acréscimo de retribuição³⁴⁶. Estamos perante agentes cuja fasquia na exigibilidade de uma motivação segundo as normas é, de facto, elevada. A que se acrescenta a seguinte ressalva: embora não sejam de natureza assumidamente ética e humanista, certo é que os bens jurídicos tutelados pelo direito penal económico são supraindividuais, o que, só pelo potencial de risco e susceptibilidade de afectação de numerosas pessoas, justifica o incremento da moldura penal abstracta. Não deixa de ser interessante assinalar que ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ expressa o seu desagrado pela busca incessante de *eficácia* pelo direito penal chegando a resultados de carácter «desigual» e «classicista», ao reservar para os delitos clássicos e para os «sectores inferiores da pirâmide social» as medidas mais violentas e repressivas³⁴⁷.

³⁴⁵ - Circunstância realçada por DIAS, Jorge de Figueiredo – “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, vol. I, 1998, p. 383.

³⁴⁶ - Dada a sua pertinência para a causa, embora deva ser contextualizado no seu tempo, cite-se BECCARIA: “*A quem dissesse que a mesma pena dada ao nobre e ao plebeu não é realmente a mesma devido à diferença de educação, pela infâmia que se derrama sobre uma ilustre família, responderei que a sensibilidade do réu não é a medida das penas, mas o dano público é tanto maior, quanto mais favorecido é quem o faz; direi que a igualdade das penas só pode ser extrínseca, sendo naturalmente diversa em cada indivíduo.*” – v. BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*, 2009, p. 107.

³⁴⁷ - Cfr. MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, pp. 249 e ss., onde vem arguir, de seguida, uma argumentação contrária à criação de *zonas* de especialização do direito por conduzirem à desigualdade por força da especialização das sanções aplicáveis. Pois bem. A nosso ver, não se trata de desigualdade, porque, efectivamente, são situações diferentes, com bens jurídicos também eles diferentes e agentes com qualidades esoeíficas o que justifica a adaptabilidade do direito penal e das suas

Por último, pretender a eficiência de normas e das respectivas sanções tem sempre razão de ser. Muita da eficácia estabilizadora das penas resulta não exactamente da ameaça que exercem, *ab initio*, mas da sua efectiva cominação³⁴⁸. Mas ela não pode operar sem se fazer acompanhar por outros dois factores-chave: a *especialização* daqueles que actuam e lutam contra este tipo de criminalidade, começando pelos juízes e terminando nos órgãos de perseguição criminal, Ministérios Público e demais a par de uma efectiva fiscalização – sendo estes dois últimos aspectos cruciais, também, na criminalidade de entes colectivos. Esta é uma condição a que KLAUS TIEDEMANN, desde sempre, dispensou a devida atenção (e preocupação), entendendo que o maior défice no grau de especialização necessária se encontrava ao nível da polícia e dos tribunais de 1ª Instância³⁴⁹.

10. ESPECIFICIDADES DA SUA APLICAÇÃO ÀS PESSOAS COLECTIVAS³⁵⁰

É quase um dado sociológico e criminal adquirido o de que o estado de espírito dos agentes físicos que actuam no âmbito de pessoas colectivas é assaz distinto do estado de espírito de meros indivíduos que actuem impelidos pelas suas próprias razões. A convicção de que actuam com uma justificação social e de que essa justificação funciona como uma espécie de *escudo protector* face à

sanções. O que não significa um decréscimo na severidade e finalidades a alcançar com as penas aplicadas.

³⁴⁸ - Atente-se nas palavras de PEDRO VAZ PATTO: “*De um ponto de vista pragmático e de eficácia, contrariando a ideia de que a criminalidade aumenta ou diminui em função da maior, ou menor, severidade das penas, tem sido demonstrado que os destinatários das normas penais não se guiam, normalmente, pelo conhecimento que possam ter dessas normas (até as desconhecem, na maior parte dos casos), mas, antes, pela maior ou menor probabilidade de os seus actos virem a ser efectivamente detectados e perseguidos criminalmente.*” – v. PATTO, Pedro Vaz – “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, p. 395.

³⁴⁹ - Vide TIEDEMANN, Klaus – “La criminalité socio-économique: aspects internationaux et de droit comparé”, 1974, pp. 762 e ss., e mais recentemente em TIEDEMANN, Klaus, VOGEL, Joachim, DE LA PARRA, Manuel Monteros, BRODOWSKI, Dominik – “Corporate Criminal Liability as a third track”, 2014, p. 14, onde se lê: “... *criminal prosecution authorities should be empowered – legally and factually – to investigate corporate crimes, as it is the case in many countries which introduced specialized public prosecution offices against corruption and other white-collar crimes.*”

³⁵⁰ - Esta questão será naturalmente afluída ao longo dos capítulos do presente trabalho, mais especificamente, na Parte III, dedicada a uma específica abordagem das sanções aplicáveis às pessoas colectivas. Uma verdadeira apreensão do problema resultará, subsequentemente, da leitura conjugada dos mesmos.

perseguição criminal e à imputação do ilícito-típico tornam o próprio indivíduo um pouco mais insensível relativamente às consequências jurídicas que lhe possam advir e aos perigos e desvantagens que poderiam atingi-lo a título pessoal. Isto faz com que Autores como BERND SCHÜNEMANN³⁵¹ adjectivem como desadequadas as tradicionais representações do delinquent individual com um *déficit* de socialização quando estão em causa actuações de indivíduos inseridos numa estrutura empresarial, a maior parte delas hierárquia, em que, decisiva para o delito não é já a vontade *individual* contrária ao direito, mas sim, a «atitude criminal colectiva»³⁵², o espírito de grupo, numa lógica que faz recordar as designadas «acções de grupo»³⁵³. Vale isto por dizer que, em certos casos, a acção sobre o(s) agente(s) físico(s) pouco ou nada contribui para a resolução do derradeiro problema subjacente ao grupo, que é bem mais complexo. Ora, já se viu que esta realidade integra o factor *necessidade* de uma cisão entre a responsabilidade penal da pessoa colectiva e a responsabilidade penal dos agentes individuais, atento o reduzido (ou nulo) efeito das sanções aplicadas a agentes individuais face àquela, patente na diluição das consequências da condenação do indivíduo *na, e em razão da* complexa organização da pessoa colectiva, sem que opere qualquer repercussão sobre a mesma³⁵⁴. O inverso é que é susceptível de ocorrer, porquanto a simples ameaça

³⁵¹ - Vide SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, Tomo II, 2009, pp. 123 e ss. A sua posição parte de uma certa apologia à teoria sociológica dos sistemas autopoieticos de LUHMANN, segundo a qual seria praticamente impossível ao Direito influir na conduta daqueles que integram uma empresa económica, no sentido do cumprimento de normas que lhes são directamente dirigidas, porque a empresa constitui, *de per si*, um sistema que se organiza, reforçado pelas ideias de fungibilidade dos indivíduos que a compõem que nada mais representam do que uma *pequena* parte de um todo que lhes é, em muito, distinto e superior.

³⁵² - Designação utilizada por TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, p. 22; e SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, pp. 75 e ss.

³⁵³ - Seguimos a exposição feita por SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, pp. 208 e ss., acerca do conceito de «acções de grupo», definindo-as através das características dos agentes que integram o grupo como sendo indivíduos que, regra geral, são socialmente *normais* e que cometem delitos por pertencerem a um certo grupo ou meio social onde essas infracções são correntes, porque outros assim o fazem ou porque o ambiente de grupo os tolera ou até estimula. Com inteira aplicação ao fenómeno gerado pelas pessoas colectivas, diz-nos o Autor: “[o]ra aqui a actuação dos meios educativos e das sanções penais que os apoiam e reforçam deve ter em vista influenciar, reformar a mentalidade do grupo.” – *Idem*, p. 209.

³⁵⁴ - Também neste sentido, MORÃO, Helena Costa - *Alguns problemas de comparticipação criminosa no Direito Penal Secundário, Estudo sobre a projecção das estruturas empresariais na conformação dogmática da autoria mediata*, 2002, p. 61, que destaca que a «eficácia motivadora da norma penal está francamente diminuída» para os agentes individuais, sendo igualmente

ou a aplicação de sanções à pessoa colectiva pode *travar* os agentes individuais dos seus intentos delituosos, comportando simultaneamente um efeito preventivo para a pessoa colectiva e seus membros, funcionando como uma espécie de mensagem/indicação aos corpos dirigentes de que a “sua” *instituição* carece da devida organização³⁵⁵.

Reitera-se que o sistema normativo penal foi concebido por referência exclusiva à pessoa humana, o que é ilustrado na perfeição por uma rápida consulta à Constituição Portuguesa, designadamente aos artigos 29.º e 30.º. Efectivamente, da «matriz genética ôntico-filosófica do direito criminal»³⁵⁶ resulta a possibilidade de o cometimento de um crime poder acarretar, sem paralelo no ordenamento jurídico global, uma sanção como a pena de prisão, exequível mediante privação da liberdade *física* do agente prevaricador. Ela é a sanção paradigmática do direito criminal, cujos efeitos dissuasores, repressivos e neutralizadores sobre o sujeito são de comprovada eficácia, não havendo sanção igual para as pessoas colectivas. Ora, a impossibilidade *natural* de ver ser aplicada esta sanção a entes colectivos não deixou de representar um obstáculo³⁵⁷ à responsabilização criminal destas, ao menos, no campo da eficiência das consequências jurídicas até então existentes, acentuado pela consideração que perdurava a seu tempo de que a pena de prisão servia a prossecução de *todas* as finalidades das penas. Atendendo à diferente compleição destes entes, fácil é de concluir que as penas que lhes serão aplicáveis haverão de divergir nos seus escopos e finalidades – e, quem sabe, na

menor o «relevo ético das condutas»; ou FERNANDES, Paulo Silva - *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, 2001, p. 104.

³⁵⁵ - Vide a este respeito BERND SCHÜNEMANN, ao defender a similitude de efeitos de sanções contra as pessoas colectivas e de sanções contra pessoas singulares, e a admitir finalidades preventivas de intimidação geral e especial quanto às primeiras. Por palavras suas: “*As the interest of the association is the dominant motive for the actions of its members, the fear of sanctions against the association can deter members from harming legal goods. The sanction against the association can also have a preventive effect similar to the imposition of a penalty against an individual (...)*.” – cfr. SCHÜNEMANN, Bernd – “Critiquing the notion of a genuine criminal law against legal entities”, 1999, p. 232.

³⁵⁶ - Expressão de BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 46.

³⁵⁷ - Obstáculo, é certo, mas que na visão de SIMÕES DE CARVALHO não poderia representar uma «barreira intransponível» para a aplicação de outras medidas. Ainda que não se possa prever penas que conflituem com a sua especial *maneira de ser* ou com a sua *personalidade*, longa vai a distância até se concluir “*que se lhes não devem aplicar nenhuma medidas (...)*.” - Vide CARVALHO, António Crespo Simões de – “A responsabilidade penal das pessoas colectivas”, Outubro de 1938, p. 153.

sua natureza? - por contraste às clássicas penas do direito penal comum³⁵⁸, embora o processo metodológico a seguir seja idêntico³⁵⁹.

Ora, para certo sector doutrinário está afastada, por natureza, a aceitação de qualquer propósito ressocializador com a punição de pessoas colectivas, pelo que a responsabilização penal destas assumiria intentos finalísticos eminentemente preventivo-gerais³⁶⁰. JOÃO CASTRO E SOUSA qualificava como de «inoperável» a finalidade de recuperação social do delinquente colectivo, adjectivando de «absurdo» tal pensamento em face de entidades incorpóreas como as colectividades, concluindo pela inadequação político-criminal das *penas* ao combate da criminalidade colectiva³⁶¹. Outros, ainda, arreigados à impossibilidade de interiorização de normas por entes colectivos afastavam qualquer hipótese de ressocialização ou «auto-melhoramento» destas, na medida em que para tal seria necessária uma «confrontação interna com o facto e a norma jurídica», bem como a «consciência da própria culpa», sendo que a censura ao ente resumia-se ao não cumprimento das expectativas normativas³⁶². Em sentido oposto já se havia pronunciado ANTÓNIO SIMÕES DE CARVALHO, para quem as teses da inoperabilidade de fins preventivos especiais das penas previstas para as pessoas colectivas eram expressão da pura negação da personalidade colectiva, recusando-se-lhes, subsequentemente, uma natureza real e autónoma por contraposição aos seus membros individuais³⁶³. Ou melhor,

³⁵⁸ - Assim, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, 1999, p. 250, para quem, avance-se, as finalidades das penas aplicáveis às pessoas colectivas serão, essencialmente, de prevenção geral positiva, sendo desprovida de sentido a consideração de efeitos retributivos ou de expiação.

³⁵⁹ - Assim, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 85.

³⁶⁰ - Para exemplificar, v. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 86; ROCHA, Manuel António Lopes da - “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas”, vol. I, 1998, p. 439, que estabelecia a ligação entre estes entes e a criminalidade económica e em que via as concepções de ressocialização do agente mediante as penas perderem força neste âmbito, uma vez que estariam em causa pessoas altamente socializadas e dotadas de qualificações profissionais elevadas.

³⁶¹ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 101 (nota de rodapé 25).

³⁶² - Opinião perfilhada por MARTIN BÖSE *apud* BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 866-868.

³⁶³ - CARVALHO, António Crespo Simões de - “A responsabilidade penal das pessoas colectivas”, Agosto de 1938, p. 123.

para este Autor, a responsabilidade penal das colectividades «acomodava-se»³⁶⁴ perfeitamente aos fins da pena, considerando como tal, os fins de prevenção especial e geral, na medida em que é possível intimidar uma pessoa colectiva, bem como corrigi-la. O cerne da questão deveria dizer respeito à viabilidade da aplicação de penas a estes entes e não se lhes deveriam ser aplicadas as *mesmas* penas que às pessoas singulares. A prevenção especial contribui sobremaneira para uma execução conforme ao princípio da individualização das penas, que procura a progressiva adaptação da pena à natureza peculiar de cada delinquente. A individualização e a adequação da pena ao agente foi o mote da Escola Positivista (de prevenção especial positiva) que pugnava pela escolha de sanções ajustadas às características pessoais do delinquente e determinadas em função da natureza e do perigo por ele revelado³⁶⁵. E é interessante constatar que os Positivistas preconizavam sanções de índole variada consoante a *perigosidade* do criminoso, alternando entre as sanções eliminadoras ou intimidativas, as pedagógicas ou curativas e as de simples reparação, preocupando-se, mais do que com o melhoramento *moral* dos delinquentes (como pretendiam, por exemplo, os correcionalistas), com o regresso do delinquente à vida social enquanto *elementos úteis*, ou pelo menos, isentos de nocividade social e jurídica no desenvolvimento das suas actividades³⁶⁶.

Por tudo isto, afigura-se-nos fulcral apurar das concretas causas que levaram à ocorrência do crime. Se o crime resultou de uma atitude, omissão ou decisão de teor intrinsecamente individual, em nada derivado da política seguida pela pessoa colectiva, do normal exercício da sua actividade ou de uma lacuna na sua organização funcional, é imperativo, pois, que se promova a responsabilização dos cérebros individuais que engendraram o crime e, correspectivamente, *afinar* as sanções ao ilícito cometido e aos danos decorrentes. Cenário distinto é aquele que resulta do apuramento da causa do

³⁶⁴ - Expressão utilizada por CARVALHO, António Crespo Simões de – “A responsabilidade penal das pessoas colectivas”, Outubro de 1939, p. 146.

³⁶⁵ - Não obstante defenderem a consagração de penas de duração indeterminada – que devem ser alvo de sérias reservas – não deixamos de perspectivar aqui um certo paralelismo com algumas das penas potencialmente aplicáveis a entes colectivos, de que é exemplo a pena de vigilância judiciária (artigo 90.º-E do CP). Embora a lei preveja o tempo máximo de duração desta pena, facto é que ela é definida, em última instância, aquando do momento da sua execução e em função da evolução demonstrada pelo agente em concreto.

³⁶⁶ - Guiando-nos, SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 200.

crime como inerente à pessoa colectiva pois que, para sancioná-la eficazmente, haverá que moldar a sanção à concreta causa e à organização sectorial ou geral implicada, pois que só assim se conseguirá revigorar e preencher a finalidade ressocializadora e integrativa da pena³⁶⁷. Afinal, a pena colectiva funciona como uma advertência à pessoa colectiva para o cumprimento dos seus deveres jurídicos³⁶⁸. Evidentemente, se os factores que impeliram os agentes ao cometimento de infracções provêm de uma política empresarial criminosa ou resultam do poderio ou dos perigos associados à organização em si mesma ou à actividade que desenvolve, então está à vista de todos o derradeiro sujeito/objecto que requer a aplicação de sanções. Parece-nos portanto inevitável aceitar a presença da finalidade da prevenção especial positiva nas penas previstas para as pessoas colectivas, sendo, aliás, a finalidade mais consentânea com o juízo de reprovação atribuído à responsabilidade criminal das pessoas colectivas e que em boa parte justifica essa mesma responsabilização: a adequação da pessoa colectiva ao dever social de organização e o incitamento à auto-regulação³⁶⁹. Já em 1996, GÜNTER HEINE aludia a uma clara tendência europeia para a promoção de um amplo catálogo de sanções, com o expresse objectivo de “(...) *influir prospectivamente en las empresas, tanto para incitarlas a proceder ellas mismas de manera responsable a una reducción de los riesgos, como para reforzar el manejo estatal de la economía* (...)”, pois que seria desta forma que se iria alcançar os efeitos desejáveis e garantir que “*se mantengan las plazas de trabajo y que los accionistas no sean perjudicados en sus derechos.*”³⁷⁰ Por sua vez, ADÁN NIETO MARTÍN considera a questão dos fins das penas no direito penal colectivo fundamental, apesar de amiúde e lamentavelmente postergada. Para o Autor, o principal fim das sanções

³⁶⁷ - Igualmente neste sentido, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva - “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español”, 1995, pp. 364 a 366, que considera estar em causa, acima de tudo, pretensões inocuidadoras.

³⁶⁸ - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 870.

³⁶⁹ - Também KLAUS TIEDEMANN entende que a prevenção geral e especial joga os seus efeitos na aplicação de penas às pessoas colectivas, *cfr.* TIEDEMANN, Klaus - “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, p. 32.

³⁷⁰ - HEINE, Günter - *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, p. 8, dando como exemplo, a par de outras medidas, a realização obrigatória de seminários e acções de formação no seio da empresa - a fim de *sanear* os defeitos da organização - ou a proibição de acesso ao mercado.

aplicáveis a pessoas colectivas é o de incutir e intervir na auto-organização da empresa, “ (...) *un fin si se quiere mucho más cercano a la prevención especial en cuanto que equivaldría a la resocialización de las personas jurídicas. Ello no quiere decir, por supuesto, que la sanción no puede atender a otros fines como la reparación, la innocuización o la prevención general positiva, más estos con ser importantes son un tanto accesorios o coyunturales.*”³⁷¹. Ei-lo, pois, o fim de prevenção especial positiva na vanguarda das finalidades a prosseguir com a aplicação de sanções a pessoas colectivas. E isto, estando nós cientes de um possível *afastamento* do princípio da igualdade, porquanto aceitamos, sem restrições, que possa dar-se o caso de haver duas pessoas colectivas a praticarem um mesmo crime e, ainda assim, serem-lhes aplicadas sanções distintas e adequadas às características de cada uma delas³⁷².

Sub-entendida estará também a finalidade da prevenção geral positiva³⁷³. Em conformidade com o que acima se deixou exposto em sede de criminalidade económica, não deixámos de realçar o seguinte aspecto: a prevenção geral positiva a que aqui nos referimos deve ser considerada na sua plenitude, isto é, não só com o sentido de manutenção da integridade das normas jurídico-penais e dos valores e interesses nelas implícitos, difundindo-os junto da sociedade, mas também pela necessidade de ver restabelecida a confiança da comunidade na validade e vigência das normas jurídicas. Efectivamente, a afectação dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal clássico que *pode* resultar da actividade de pessoas colectivas desencadeia danos graves às vítimas e à sociedade globalmente considerada, pelo que gera sentimentos de incompreensão e revolta na sociedade o facto de verem sair impunes pessoas colectivas que delinquam e desrespeitem semelhantes bens jurídicos. Afinal, para GERMANO MARQUES DA SILVA³⁷⁴ as penas a aplicar às pessoas colectivas representarão um meio de

³⁷¹ - MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 16. Tudo residiria, então, em procurar conseguir um maior comprometimento da pessoa colectiva na prevenção de crimes que dela possam advir.

³⁷² - Seguindo caminho semelhante, MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 531.

³⁷³ - Também no sentido da «capacidade» de aplicação dos fins das penas às pessoas colectivas, particularmente, do fim de prevenção geral e de finalidades preventivo-especiais, DANNECKER, Gerhard, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2001, p. 49.

³⁷⁴ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 157-158. A condenação das pessoas colectivas tem um efeito de prevenção da criminalidade “... *porventura ainda maior* [do que sobre as pessoas

reprovação ou censura da colectividade, em termos equiparáveis à afectação da honra da pessoa singular – pois que o ente colectivo é afectado na sua credibilidade, prestígio e confiança que lhe é depositada pela sociedade – prosseguindo as penas *as mesmas* finalidades de prevenção *geral e especial* que as impostas às pessoas físicas.

Como revelado por FERNANDO TORRÃO ³⁷⁵, no âmbito da responsabilização de entes colectivos deveria ser dado particular ênfase às orientações da Justiça Restaurativa, restringidas ³⁷⁶ contudo, à concreta restauração do bem jurídico violado de modo a restabelecer a sua importância na consciência comunitária geral, cujas finalidades de prevenção geral positiva são evidentes, a par do carácter pedagógico e exemplar deste género de medidas. A área por excelência de uma sua aplicação seria a da criminalidade contra o meio ambiente, através de medidas como o investimento em programas e projectos ambientais ou o patrocínio e contribuição para entidades que destinem a sua actividade à protecção ambiental. Necessariamente decorrente desta linha de pensamento que procura efeitos úteis e reais para a sociedade, é a sanção da prestação de serviços a favor da comunidade, sanção esta que não consta do elenco legal de penas aplicáveis às pessoas colectivas no ordenamento jurídico português.

E que dizer acerca da retribuição? Já se dilucidou que ela assenta em pressupostos antropológicos, ou seja, na concepção do Homem como um agente livre, responsável, autoconsciente e *eticamente motivável*. Ora, esta realidade inquina, por si só, uma adequada e consentânea aplicação a entes não humanizáveis. Só um ser humano pode responder pelos *seus* actos, porque só um ser humano consegue *entender* o sentido da pena como um mal merecido³⁷⁷. Não obstante, KLAUS TIEDEMANN descortinou um aspecto de singular pertinência,

físicas], *sobretudo no mundo dos negócios em que a confiança na correcção do parceiro é de importância decisiva.*” – *idem*, pp. 125 e 126.

³⁷⁵ - TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest?* - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”, 2010, pp. 446 e ss.

³⁷⁶ - Como bem delinea o Autor, não se traria da vertente da desjudiciarização ou da procura da compensação à vítima ou reparação do concreto dano que lhe foi provocado, precisamente por estarmos situados no âmbito de uma criminalidade a que communemente se reconhece a natureza supraindividual dos bens jurídicos tutelados, o que denota as dificuldades em definir a vítima do crime perpetrado - cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest?* - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”, 2010, p. 446.

³⁷⁷ - Assim, DANNECKER, Gerhard – “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2001, pp. 48 e 49.

ao chamar a atenção para o facto de que ao admitir-se a existência de uma culpa *autónoma* e *moral* da pessoa colectiva, estar-se-ia inevitavelmente a contribuir para a falência da base argumentativa que recusa ver nas pessoas jurídicas entidades susceptíveis de aplicação das finalidades da pena, em específico, da finalidade que envolve uma reprovação moral e ética: a retribuição³⁷⁸. Ora, salvo o devido respeito, a responsabilização criminal das pessoas colectivas não pode prosseguir finalidades retributivas, no sentido de compensação da culpa com a pena, de retribuição de uma escolha livre, consciente, motivada e voluntária pelo ilícito, enfim, de *interiorização* pelo agente da maleficência da sua actuação, que pressupõe, claro está, uma consciência ética em absoluto inexistente nas pessoas colectivas. Seria, simplesmente, *contra natura*, um contrassenso. Se por questões de necessidade e de política criminal já se deu o passo no sentido de admitir a integração no seio de um direito de cunho ético, moral e axiológico (como é o direito penal clássico) de entidades *juridicamente construídas* – embora não sem inúmeras discussões e cedências doutrinárias e dogmáticas – certo é que tal não pode suceder com esta finalidade da pena.

Ponto assente, somos compreensivelmente instigados a perspectivar esta problemática de uma posição de maior liberdade e de maior margem de actuação por comparação com os sujeitos individuais no lugar de sujeitos passivos da pena, porque desapegados, quer se queira, quer não, de toda uma série de limitações impostas por princípios constitucionais directamente ligados à essência do ser humano e a ideais onto-antropológicos e humanitários³⁷⁹. A título de exemplo veja-se as potencialidades que podem advir do recurso a penas que obrigam a uma incapacitação ou inocuização das pessoas colectivas ou ainda àquela que é considerada a pena capital das pessoas colectivas: a dissolução. Não obstante, nunca se deve perder de vista que o princípio da intervenção mínima

³⁷⁸ - “La capacidad de ser sujeto pasivo de penas criminales en consecuencia puede ser negado únicamente por la opinión que rehúsa aplicar los reproches morales a las agrupaciones que, además, no podrían ser las destinatarias de las normas jurídicas. Si por el contrario se admite la posibilidad de una culpabilidad moral o social de la agrupación (...) la idea de retribución también tendrá un importante papel en este ámbito.” - TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, p. 32.

³⁷⁹ - Com a mesma opinião, DIAS, Jorge de Figueiredo – “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, vol. I, 1998, pp. 382 e ss.; e tocando ao de leve a questão, deixando-a em aberto, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 122.

do direito penal significa, não só, um criminalizar mínimo pelo legislador penal - porquanto *necessário e essencial* à salvaguarda dos indivíduos e da sociedade - mas também, o restringir mínimo e proporcional de direitos fundamentais dos cidadãos advenientes da aplicação de penas, limitando-se ao necessário para garantir os fins da pena³⁸⁰.

Para terminar, JORGE DOS REIS BRAVO contesta a omissão de critérios legalmente estabelecidos quanto à definição, escolha e determinação das penas aplicáveis às pessoas colectivas que sejam adequados à sua natureza, a par de uma total falta de esclarecimento acerca de quais as finalidades das respectivas penas³⁸¹. Ora, não se pode deixar de observar a inexistência de qualquer indicação a este respeito por parte do legislador. No entanto, em coerência com o que *supra* se afirmou, não vemos como necessária a positivação das finalidades da pena, ainda que se trate de uma questão *nova*, que acarreta diferentes contornos face à punição de sujeitos individuais³⁸². A nosso ver, as finalidades das penas aplicáveis às pessoas colectivas são ínsitas às sanções legalmente estipuladas, resultando também indiciadas pelo amplo e diversificado catálogo legal, de que se extrai a clara demarcação da finalidade de prevenção especial (positiva e negativa), demonstrando que é a natureza e as qualidades dos agentes colectivos que têm a última palavra a dizer junto do aplicador do direito no momento da escolha da pena. Para JORGE DOS REIS BRAVO não se divisam motivos que levem a afastar a aplicação dos critérios da prevenção geral, especial e da culpa para escolha e determinação da medida da pena (tal como prefigurado pela moldura da prevenção defendida por FIGUEIREDO DIAS e ANABELA MIRANDA RODRIGUES) contando que não se descure que «as

³⁸⁰ - Afinal não se esqueça que as pessoas colectivas são, também elas, beneficiárias de reconhecimento constitucional de direitos e deveres, pelo artigo 12.º, n.º 2 da CRP, na medida da adequação à sua natureza. Em sentido ligeiramente diferente, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva "nos crimes de Empresa"*, 2010, pp. 442 e ss., que vê uma limitação adicional à aplicação de sanções a pessoas colectivas presente na existência de um "... *substratum humanum que as constitui e [n]a relevantíssima função social que exercem;*" o que afectaria as pessoas individuais no plano dos direitos económicos, sociais e culturais.

³⁸¹ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 83.

³⁸² - Para FERNANDO TORRÃO há que observar, simplesmente, o disposto no artigo 40.º do CP e isto no que respeita, também, ao previsto no número 2 do artigo. Vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva "nos crimes de Empresa"*, 2010, pp. 440 e ss.

exigências de consideração da *perigosidade criminal* de entes colectivos, da «culpa» e da «personalidade» se colocam em termos estruturalmente diferenciados»³⁸³.

³⁸³ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 225-226.

∞ PARTE III ∞

**DAS SANÇÕES LEGALMENTE PREVISTAS PARA AS PESSOAS
COLECTIVAS³⁸⁴**

Como se viu na Parte I do presente trabalho, a opção seguida pela doutrina maioritária e positivada no ordenamento penal português foi a de responsabilizar criminalmente as pessoas colectivas, tornando possível a exigência de uma sua actuação conforme às normas e da sua capacidade de motivação ante elas, fundada no conjunto de conhecimentos de agentes determinados e no indispensável dever de auto-organização e de auto-controlo dos riscos próprios da actividade que desenvolve e do seu modo de funcionamento. Vimos, igualmente, as especificidades que rodeiam as finalidades das penas aplicáveis a entes colectivos com particular enfoque para a inaplicabilidade da finalidade de retribuição e para a absoluta primazia da finalidade de prevenção especial.

Aqui chegados, o que esperar do elenco sancionatório estatuído para as pessoas colectivas? Com que problemas nos poderemos deparar? O que dizer da sua variedade e dos seus critérios de determinação? Serão elas eficazes³⁸⁵? Serão elas suficientes e adequadas à criminalidade empresarial? Mais: serão elas *dignas* da natureza penal que se lhes apregoa? O princípio constitucional da intervenção mínima do direito penal é observado? É conveniente chamar aqui a atenção para a importância de certas pré-concepções que influem directamente na posição que se adopte quanto a esta matéria. A perspectiva pessoal sobre a existência ou

³⁸⁴ - Como pequena curiosidade histórica, lembre-se que já os canonistas admitiam, no seio da Igreja Católica, a responsabilidade de pessoas colectivas, questionando se para lá de penas pecuniárias e simbólicas, lhes poderiam ser dispensadas penas espirituais - como a de excomunhão. De entre as primeiras constava a pena pecuniária propriamente dita, a par da privação de direitos de associação ou de privilégios isolados. Quanto às segundas, previa-se a pena de admoestação e a interdição do gozo de bens espirituais. Com os Glosadores e a partir do século XIII, já era patente a preferência por penas pecuniárias e pela medida de confisco, sendo possível a dissolução do ente colectivo para os casos mais graves. Sobre esta matéria, *vide* BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 35 e ss.

³⁸⁵ - Afinal, também é preponderante a existência de critérios de conveniência ou eficácia do direito penal enquanto direito «racional-teleologicamente orientado» - v. RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 304 e ss.

inexistência de uma culpa penal de pessoas colectivas, a posição que se adopte no que respeita às finalidades e às funções da pena, o modo como se encara a realidade colectiva e o seu papel em sociedade são questões que subjazem inevitavelmente à análise que se segue.

Ora, o ponto de partida é particularmente fascinante. Devido à natureza das coisas, é inaplicável às pessoas colectivas aquela que é considerada a pena ímpar e mais gravosa do ordenamento jurídico no seu todo: a pena de prisão. Com ela atinge-se o ser humano nos mais sagrados dos seus direitos, sendo esta uma das razões que levou a que se recusasse a responsabilidade criminal de entes colectivos ou se arguisse com a desigualdade sancionatória entre pessoas singulares e pessoas colectivas perante crimes idênticos. Não é nossa intenção menosprezar a nocividade e a força intimidatória de uma pena de prisão. Contudo, não nos parece que possa constituir um fundamento suficiente para recusar a responsabilidade de pessoas colectivas, havendo – isso sim – que divisar sanções que as afectem de modo análogo³⁸⁶. Em última instância, não se descure o cariz de *ultima ratio* da aplicação da pena de prisão, nos termos do disposto no artigo 70.º do CP, ou a viabilidade de uma sua substituição (artigo 43.º) ou suspensão de execução da pena (artigos 50.º e ss.)³⁸⁷. Consequentemente, a preocupação deverá estar na averiguação de quais os direitos, liberdades e bens que são essenciais para as pessoas jurídicas, para o exercício das suas actividades, para a prossecução dos seus objectivos, bem como, no modo como se pode prover à integração da pessoa jurídica prevaricadora no meio comunitário onde se insere, com respeito pelas regras vigentes.

A resposta a esta questão é relativamente simples: em ordem a afectar a pessoa colectiva, necessário se torna atingi-la na sua *liberdade* e no seu

³⁸⁶ - Neste sentido, ver também MARIA JOÃO ANTUNES ao realçar que no campo sancionatório devem ser procuradas sanções que «compensem» a inaplicabilidade da pena de prisão. ANTUNES, Maria João – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal”, vol. III, 2009, p. 458.

³⁸⁷ - Faça-se notar que a pena de prisão reúne cada vez mais descontentamento junto dos penalistas que se questionam da sua adequação e eficiência em termos preventivo-especiais. Daí que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS assevere que “(...) *esta pena persiste unicamente porque ainda se não encontrou forma de integralmente a substituir, em particular no que toca ao sancionamento da criminalidade grave*” sendo razões de prevenção geral e de culpa que “*continuam a justificar a aplicação de penas de prisão efectivas e contínuas*”. – vide DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 112 e 113.

património. Já dizia CESARE BECCARIA³⁸⁸: “[à]quele que procura enriquecer-se à custa dos outros dever-lhe-ia ser reduzido o seu próprio património”. Porém “(...) a pena mais oportuna será aquela espécie única de escravidão que se pode dizer justa, isto é, a escravidão temporária do trabalho e da pessoa à sociedade, para a indemnizar com a própria e total dependência, do injusto despotismo com que violou o pacto social”, e isto, quer seja pessoa singular, quer seja pessoa colectiva³⁸⁹. De igual modo, sanções que se impregnem negativamente na imagem, no prestígio, na credibilidade e na confiança depositada nas empresas pelas comunidades onde estão inseridas são igualmente aclamadas, porque prejudiciais à sua posição no mercado. No que respeita à finalidade essencial de auto-regulação da pessoa colectiva, equacionaram-se dois modelos para a sua promoção³⁹⁰. O modelo económico, por um lado, criação dos economistas RICHARD POSNER e GUY BECKER, radicado em uma concepção das pessoas colectivas como fervorosos agentes racionais que procuram atingir a maximização dos seus benefícios. Logo, ao depararem-se com a eventualidade de avultadas perdas económicas por aplicação de uma pena de multa, as pessoas colectivas organizar-se-iam do modo mais eficiente possível. Efectivamente, sempre se pugnou pela imprescindibilidade de uma reacção economicamente perceptível contra as empresas mesmo que dos crimes cometidos não resultassem ganhos quantificáveis. A multa foi, *ab initio*, avaliada como a mais adequada para o combate à criminalidade colectiva, julgando-se que a pedra de toque consistia na afectação do património e dos lucros do delinquente económico, que seria extremamente sensível às variações do seu *input*³⁹¹. Não se nega a pertinência deste modelo sendo para lá de óbvio o seu contributo para a escolha das sanções a aplicar a entes colectivos. Porém, ele afigura-se

³⁸⁸ - BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*, 2009, p. 107.

³⁸⁹ - Para esta realidade já chamava a atenção CARVALHO, António Crespo Simões de - “A responsabilidade penal das pessoas colectivas”, Novembro de 1938, p. 170, que até sugeria uma sanção que proibisse a sociedade de se estabelecer sob qualquer forma - sede ou sucursal - em determinado país, em paralelo com a pena de interdição de residência aplicável a pessoas singulares.

³⁹⁰ - Seguimos a exposição de MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 16.

³⁹¹ - Acrescente-se que este modelo é compatível com a ideia rectora de que, na criminalidade de empresa, serão os entes colectivos criados ou movidos por propósitos lucrativos os que têm uma maior propensão para a criminalidade ou os que mais facilmente a potenciam – assim, BRAVO, Jorge dos Reis - “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal dos entes colectivos)”, 2003, p. 216.

insuficiente. Nem todas as pessoas colectivas visam a obtenção de lucros. Ou melhor: há muitas outras formas de afectar *seriamente* uma pessoa colectiva se aquilo que se pretende é a intimidação e a repressão, bem como – quanto a nós, tão ou mais importante – para alcançar a sua reforma interna ou *correção*, numa óptica de imprevisibilidade que impedirá, assim, quaisquer cálculos ou antecipações por parte dos entes colectivos. É neste contexto que se apresenta o segundo modelo, essencialmente preventivo, designado por modelo estrutural e formulado por JOHN COFFEE³⁹². Para este Professor a chave do problema das sanções aplicáveis a entes colectivos seria encontrada nos modelos de sanções alternativas à sanção pecuniária, substituindo-a por *equity fines* ou por publicidade negativa, havendo que apostar sobretudo nas injunções sobre as organizações colectivas e na nomeação de curadores ou supervisores judiciais com a missão de identificar e prescrever as medidas de organização necessárias à pessoa colectiva³⁹³. Tal como defende MULLER³⁹⁴ a luta contra esta espécie de criminalidade deve ser feita por recurso a penas que se destinem a fortalecer no *grupo* a consciência do direito, a par com a educação da sua mentalidade. Junto com a punição haverá que exercer meios educativos.

Como se verá, o leque de sanções previstas para os entes colectivos germinará de um dos modelos expostos. O que podemos almejar, por ora, é um virar de página que deverá partir da jurisprudência e consubstanciar-se em uma efectiva e destemida aplicação de penas ínsitas ao modelo estrutural, ao invés de de nos atermos à aplicação segura e repetida da pena de multa, em nada se contribuindo para curar as raízes de todos os males³⁹⁵.

³⁹² - Continuamos a guiar-nos por MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 16,

³⁹³ - ADÁN NIETO MARTÍN destaca um aspecto que nos parece fundamental sobre este modelo estrutural. A sua adopção dependeria da concepção de culpabilidade das pessoas colectivas que se defendesse, sendo plenamente enquadrável nas concepções de culpa que se prendam com os defeitos de organização, falhas ou omissões relevantes da pessoa colectiva (ou pelo menos, com a violação do dever de se auto-organizar e prevenir o cometimento de ilícitos no seu seio).

³⁹⁴ - *Apud*, SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 315 (nota de rodapé I).

³⁹⁵ - Deixando o registo de que têm sido minoradas as reflexões que se destinam a dar resposta a perguntas como “para que serve a responsabilidade das pessoas colectivas” ou ainda “que sanções devem ser impostas”, MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 3.

CAPÍTULO VIII – O ELENCO DAS SANÇÕES PENAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. NO REGIME GERAL DO CÓDIGO PENAL³⁹⁶

a) Penas Principais

1.1 – A pena de dissolução (artigo 90.º-F)

O artigo 90.º-F do código penal regula uma das penas principais aplicáveis a entes colectivos, para o efeito descrevendo as duas situações em que o tribunal pode decretar a pena de dissolução. Uma, quando a pessoa colectiva ou entidade equiparada «tiver sido criada com a intenção exclusiva ou predominante» de praticar os crimes elencados no artigo 11.º, n.º2 do CP. A outra, quando a prática reiterada destes crimes *demonstre* que a pessoa colectiva ou entidade equiparada «está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, por quem nela ocupe uma posição de liderança»³⁹⁷. Commumente aludida como a “pena de morte”³⁹⁸ das pessoas colectivas, a pena de dissolução carece de alguns reparos especialmente quanto à sua *natureza* de verdadeira pena. Ora, na primeira parte

³⁹⁶ - Como nota introdutória cabe elucidar do seguinte: em primeiro lugar, os preceitos relativos às sanções penais previstas para as pessoas colectivas mantêm-se nos *exactos* termos em que foram originariamente consagrados pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, não havendo sofrido qualquer alteração (nem sequer quanto à inexistência de critérios específicos para determinação, escolha e execução destas penas); em segundo lugar, do artigo 90.º-A só consta o elenco das penas *principais* de multa e de dissolução (n.º 1) e das penas *accessórias* (n.º 2) de injunção judiciária (alínea a)), de interdição do exercício de actividade (alínea b)), de proibição de celebração de certos contratos ou de contratos com determinadas entidades (alínea c)), de privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (alínea d)), de encerramento de estabelecimento (alínea e)) e de publicidade da decisão condenatória (alínea f)), sendo que existem ainda as penas *substitutivas* da pena de multa, como a de admoestação (artigo 90.º-C), de caução de boa conduta (artigo 90.º-D) e de vigilância judiciária (artigo 90.º-E).

³⁹⁷ - Atenta a formulação desta norma legal parece ser de concluir que esta é a pena aplicável caso se verifique uma das situações descritas, preterindo-se a pena de multa. Assim, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 229.

³⁹⁸ - O que faz com que, por exemplo, GONÇALO MELO BANDEIRA se pronuncie no sentido da supressão da pena de dissolução dos diplomas legais penais – v. BANDEIRA, Gonçalo de Melo - *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, p. 191 (nota de rodapé 474).

do preceituado no artigo 90.º-F do CP parece presumir-se uma *instrumentalização* originária da pessoa colectiva face aos objectivos e interesses de quem a *cria*, a criação de uma sociedade-fachada, de modo tal que nos leva a questionar acerca da verdadeira institucionalização de uma organização – uma vez que, tal como se deixou expresso na Parte I deste trabalho, esta é uma constatação fundamental para que estejamos a referir-nos a um sujeito penalmente relevante. Um problema agudo estará na prova de que a pessoa colectiva foi criada com semelhantes intencionalidades, mais a mais, quando há Autores que admitem que a «intenção exclusiva ou predominante de praticar crimes não exige sequer que a pessoa colectiva tenha alguma vez concretizado algum dos crimes intencionados»³⁹⁹. Afigura-se-nos, pois, que realmente importante será o apuramento da responsabilidade individual daqueles que a criaram e/ou que a dirigem⁴⁰⁰, o que nos leva a pensar que, a bem da verdade e no que à primeira situação respeita, a pena de dissolução se assemelha a uma medida absolutamente preventiva de eliminação de um instrumento para crimes, cuja *eficácia* dependerá da condenação dos agentes envolvidos⁴⁰¹.

Peremptoriamente, FERNANDO TORRÃO⁴⁰² não considera esta medida uma «sanção penal propriamente dita» por partilhar da mesma lógica dos institutos consagrados nos artigos 109.º a 111.º do CP – mais especificamente, do previsto no artigo 109.º (Perda de instrumentos e produtos). Para o Autor, a pessoa colectiva surge como um *instrumento* e não como *sujeito* de crimes, sendo que o escopo de prossecução de actividades ilícitas presente no acto de constituição da pessoa colectiva ou na sua reiteração criminosa «retiram[-lhe] a qualidade de sujeito» que só pode assentar em uma legítima prossecução de actividades com

³⁹⁹ - É o caso de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 316.

⁴⁰⁰ - Neste sentido, CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de - “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, p. 95. PAULO DE SOUSA MENDES entende que nestes casos se denota uma menor efectividade na punição das pessoas colectivas porque os representantes não exercem o seu direito de defesa no processo, sendo uma punição meramente simbólica – cfr. MENDES, Paulo Sousa - “A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal”, 2003, pp. 12-13.

⁴⁰¹ - Destacando também a importância de uma punição cumulativa - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 230.

⁴⁰² - TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, pp. 422 a 431.

fins lícitos⁴⁰³. Assim, FERNANDO TORRÃO reclama um diferente enquadramento dogmático para o artigo 90.º-F atenta a similitude da sua lógica com a de «“providências sancionatórias de natureza análoga à das medidas de segurança”» cuja pretensão passa pela eliminação de vestígios do crime e do perigo de continuação de utilização da pessoa colectiva, estando afastada a sua *punibilidade*. Afinal, “(...) *não se mostra necessário nem imputar-lhe actos típicos e ilícitos, nem, muitos menos, imputar-lhe uma culpa autónoma*”, pois a pessoa colectiva “*não passa de mero instrumento criminoso a destruir*” bastando, para o efeito, “*a simples verificação de ilícitos típicos realizados por alguém que a utilizou para aquela ilícita finalidade.*” Nota ainda para a ressalva deixada pelo Autor de que, de *iure constituendo*, não se deveria rejeitar a hipótese de a dissolução ser aplicada enquanto verdadeira pena para os casos de reincidência ou de não cumprimento de outras sanções penais⁴⁰⁴. Por seu turno, TERESA QUINTELA DE BRITO⁴⁰⁵ critica esta orientação, lembrando que não se poderia tratar de uma medida de segurança por estas pressuporem o ente colectivo como um sujeito jurídico-penal capaz de cometer um ilícito-típico, aduzindo que esta sanção também se diferencia das *consecuencias accesorias* do direito penal espanhol, por neste se exigir a punição do agente individual e só *acessoriamamente* a dissolução da pessoa colectiva; por último, nem sequer seria também uma perda de instrumentos ou vantagens de um facto ilícito-típico, porque este instituto não atinge terceiros. O que leva a Professora a concluir pela natureza de pena desta sanção, contando que “(...) *as pessoas colectivas e entidades equiparadas às quais alude o artigo 90.º-F deverão poder ser penalmente censuradas pelo facto punível que se lhes imputa*”. Ora, concordamos com esta orientação mas somente no que se refere à segunda situação prevista no artigo 90.º-F, isto é, quando perante pessoas colectivas institucionalizadas cuja prática *reiterada* de crimes (a elas *imputáveis*) seja suficiente para se afirmar com segurança que a pessoa colectiva – ao contrário do

⁴⁰³ - Prossegue o Autor: “[s]endo essa a sua função predominante [instrumento de crime], nada mais resta à ordem jurídica, pois, do que reconhecer a sua inexistência enquanto pessoa e ditar a sua dissolução. Impõe-se, enfim, não propriamente um levantamento (temporário) do véu ocultador de crimes, mas uma sua destruição para que se apague um aberrante instrumento de criminalidade.” – cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 428.

⁴⁰⁴ - *Idem*, p. 453.

⁴⁰⁵ - BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 657-659.

que poderia parecer – *está* (ou *passou a ser*) utilizada para a comissão de crimes por pessoas que nela ocupem uma posição de liderança. Só aqui se perspectiva uma verdadeira pena. E é mediante uma interpretação cuidada destes dois casos susceptíveis de gerar a aplicação da pena de dissolução que se aceita, sem “dramatizar”, a alegada *pena de morte* de pessoas colectivas, afinal, que *tutela* ou *reforma* merecem estes sujeitos de direito genuinamente criminosos e instrumentalizados?

Esta sanção só pode ser aplicada por tribunais, o que a nosso ver e atentas as graves implicações práticas da mesma, não merece reparo. Não entanto, em sede de Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal, o Professor PAULO DE SOUSA MENDES defendeu que a dissolução de pessoas colectivas deveria ser, tanto quanto possível, desjudicializada, abrindo a hipótese de ser o próprio Ministério Público a ordenar a dissolução das sociedades-fachada criadas ou usadas para a prática de ilícitos criminais, comunicando-a, de seguida, à Conservatória para efeitos de registo⁴⁰⁶.

Momento realmente preocupante é o da sua eficácia e execução práticas. MÁRIO SEIXAS MEIRELES entende que a dissolução é apenas «parcialmente operacional» perante entidades destituídas de personalidade colectiva⁴⁰⁷, o que só vem acentuar os cuidados a ter no momento da sua execução e suposta definitividade. A mera condenação em uma pena de dissolução seguida de registo está longe de ser suficiente ante sociedades genuinamente criminosas. Não será necessário obviar a que a pessoa colectiva ressurgirá sob outra designação ou forma, como é artifício recorrente nos dias de hoje? Veja-se que o Autor ainda vai mais longe, em obra posterior, ao sugerir a mudança dos estatutos da pessoa colectiva ou uma «dissolução imprópria», por imposição do Estado, como forma de criar/renovar a pessoa colectiva, admitindo que uma pessoa jurídica de direito privado passasse a pessoa colectiva de direito público ou assumisse natureza pública⁴⁰⁸. Em outro sentido, JOÃO CASTRO E SOUSA⁴⁰⁹ entende que a pena de

⁴⁰⁶ - *Apud* CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de – “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, pp. 94 e ss., que também se opõe à desjudicialização desta medida por atentar contra o direito fundamental de associação.

⁴⁰⁷ - MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 524.

⁴⁰⁸ - *Vide* MEIRELES, Mário Seixas - *Pessoas Colectivas e sanções criminais: juízos de adequação, (Contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas colectivas)*, 2006, p. 80. Segundo o Autor as vantagens seriam inegáveis, salvaguardando-se o rol de pessoas e entidades

dissolução deveria ser acompanhada da aplicação de outras medidas sancionatórias como a de publicação da sentença que a decreta ou pela apreensão do património da pessoa colectiva, revestindo estas últimas a natureza de medidas de segurança acessórias. Neste seguimento, vem MÁRIO SEIXAS MEIRELES⁴¹⁰ aduzir como vital a conjugação de forças da pena de dissolução com a interdição profissional dos agentes responsáveis. Por nossa parte, acrescentaríamos a admissibilidade de uma proibição imposta aos membros da colectividade dissolvida de voltarem a fundar uma pessoa colectiva análoga (no seu tipo legal e actividade prosseguida) durante um considerável período de tempo. Não obstante, e após perscrutar o código penal, do que nos damos conta é da ausência de normas reguladoras do processamento e execução desta pena⁴¹¹.

1.2 – A pena de multa (artigo 90.º-B)

A pena de multa é considerada (um)a pena principal nos termos do artigo 90.º-A, n.º 1 do CP. Já se tirou a inevitável ilação de que esta é a pena aplicável por excelência às pessoas colectivas, tratando-se *quase* da única opção sancionatória principal disponibilizada aos tribunais, posto que a outra pena principal existente - a pena de dissolução – goza de estritos pressupostos de aplicação, a que acresce que ela parece ser a única existente no ordenamento jurídico-penal atenta a praticamente inexistente jurisprudência onde se tenha aplicado as demais sanções previstas.

Nos termos do n.º 1 do artigo 90.º-B, os limites mínimo e máximo da pena de multa deverão ser determinados tendo como referência a pena de prisão

dependentes da pessoa colectiva condenada, diminuindo-se assim os efeitos colaterais presentes em outras penas. Esta ideia seria interessante relativamente a empresas estruturantes em determinados meios mais pequenos, cuja dissolução de facto ou encerramento definitivo de estabelecimento poderia originar consequências gravosas para o meio.

⁴⁰⁹ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 103 (nota de rodapé 28).

⁴¹⁰ - Colocando a hipótese de aplicação às pessoas singulares que integram o ente colectivo dos mecanismos previstos nos artigos 12.º, n.º 3 e 15.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Dezembro, caso incumprissem com a pena de dissolução - MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 525.

⁴¹¹ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 232 e 383.

aplicável às pessoas singulares, a que se fez seguir, no n.º2, um parâmetro de conversão da pena de prisão em pena de multa, sendo que, a um mês de prisão para pessoa singular corresponderá 10 dias de multa para entes colectivos⁴¹². Não obstante, o disposto no n.º2 só opera nos casos em que do tipo incriminador não conste (exclusiva ou alternativamente⁴¹³) os dias de multa aplicáveis a sujeitos individuais, caso contrário, à pessoa colectiva aplicar-se-ão exactamente os mesmos dias de multa previstos para aqueles (*vide* n.º3)⁴¹⁴. Adoptou-se, assim, o sistema dos dias-de-multa, já em vigor para a fixação da pena de multa quanto a agentes individuais (artigo 47.º do CP), aduzindo-se, no artigo 90.º-B, n.º4 do CP, que ela deve ser fixada de acordo com os critérios constantes do artigo 71.º, n.º1 do CP – atendendo, portanto, à *culpa do agente* e às *exigências de prevenção* –

⁴¹² - Não se pode deixar de expressar uma certa incompreensão face a esta conversão, uma vez que estão em causa penas diametralmente distintas, com efeitos insusceptíveis de serem equiparados, tendo sido em definitivo um factor-surpresa para nós a simplicidade com que tal conversão é feita. Não obstante, foi com o *Criminal Justice Act* de 1948 que se veio estabelecer a possibilidade de *conversão* das penas privativas de liberdade aplicáveis a pessoas singulares em penas pecuniárias, admitindo-se, por conseguinte, que as pessoas colectivas passassem a responder por ilícitos mais graves (*fellonies* e não apenas por *misdemeanours*). V. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 202.

⁴¹³ - A este respeito vem JORGE DOS REIS BRAVO criticar a falta de uma correspondência «absoluta» e «padronizada» entre as penas de prisão e de multa previstas no tocante às molduras penais de certos tipos incriminadores previstos na parte especial do código penal, sendo que, para o efeito, dá o exemplo dos artigos 187.º, 190.º e 192.º do CP. Salvo o devido respeito, a crítica apontada perde a sua validade a partir do momento em que se constata que estes tipos incriminadores *não* constam do leque de crimes pelos quais as pessoas colectivas poderão ser responsabilizadas. *Vide* BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 223 (nota de rodapé 249).

⁴¹⁴ - Tenha-se em devida conta que nem sempre é assim. Por exemplo, o artigo 12.º, n.º3 do RGIT determina que nos casos em que o tipo incriminador contenha os limites mínimo e máximo das penas de multa para pessoas singulares, tais limites deverão ser elevados para o *dobro* em relação às pessoas colectivas, sem prejuízo da moldura prevista no número anterior (artigo 12.º, n.º2, que é de 20 a 1920 dias para pessoas colectivas). NUNO BRANDÃO qualifica como de «preferível» a opção tomada pelo legislador no código penal, por entender que a circunstância de se tratar de uma pessoa colectiva não justifica «exigências acrescidas de prevenção geral» reflectidas no incremento da moldura da pena – cfr. BRANDÃO, Nuno – “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, p. 45 (nota de rodapé 16). Em termos de prevenção geral negativa, pode questionar-se a suficiência dos limites das molduras legais que foram definidos a pensar em agentes singulares, porquanto pouco intimidatórios para pessoas colectivas. Ademais, e “abstractamente falando”, o poderio económico e de meios das pessoas colectivas é superior ao do comum dos cidadãos (pessoas singulares), pelo que mesmo em termos de prevenção geral positiva um incremento de tais limites possa ser encarado como factor de justiça. Não descuramos, contudo, que esse problema poderia ser *contornado* pelo *quantum* em que a pessoa colectiva fosse condenada a pagar diariamente, factor passível de resolver a situação. Resta reflectir sobre se o valor de €10.000 diários pode fazer face a esta problemática. Em sentido semelhante, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, pp. 309 e 310, informando que no direito penal extravagante português ou em alguns direitos estrangeiros há regras de conversão da moldura da pena de multa a impor à pessoa colectiva que assentam no *dobro* e, até, no *quíntuplo* das molduras estatuídas para as pessoas singulares.

bem como à situação económica e financeira da pessoa colectiva e aos encargos com trabalhadores (n.º 5 do artigo 90.-B). A cada dia de multa corresponderá uma quantia situada entre os €100 e os €10.000, o que, em termos comparativos, representa a multiplicação por vinte dos limites mínimo e máximo da pena de multa diária prevista para agentes singulares que cometam o mesmo delito – respectivamente, de €5 e €500 conforme o artigo 47.º, n.º 2 do CP - dando guarida às premissas de que o poderio económico das pessoas colectivas é em muito superior ao de agentes singulares e de que só mediante a previsão de limites amplos é que o julgador poderá adequar o montante da multa à pessoa colectiva, garantindo, assim, as finalidades da punição⁴¹⁵.

No que concerne ao modo de pagamento, rege o artigo 47.º, n.os 3, 4 e 5, *ex vi* artigo 90.º-B, n.º 5 parte final, permitindo-se que, em alguns casos e sempre que a situação económica e financeira do condenado o justifique, a pessoa colectiva pague a multa no prazo de um ano ou, ainda, que a pague em prestações, contando que a última das prestações não seja paga para além dos dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da condenação (n.º3), sob a cominação de a falta de pagamento de uma delas importar o vencimento das restantes (artigo 47.º, n.º 5). A alteração do prazo de pagamento inicialmente fixado pode ocorrer quando motivos supervenientes o justifiquem, bem como as condições económicas e financeiras do ente colectivo (n.º 4).

⁴¹⁵ - Como bem nota NUNO BRANDÃO, há um considerável número de grupos empresariais que contabilizam lucros anuais na ordem das dezenas ou até centenas de milhões de euros, pelo que o quantitativo máximo de €10.000 diários pode afigurar-se desajustado, mas somente por «defeito»; nunca por «excesso» – assim, BRANDÃO, Nuno – “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, p. 47. Pelo contrário, é o valor mínimo da taxa diária de multa que suscita alguma apreensão ao Autor, que parte da realidade empresarial dominante em Portugal para relembrar que ante “(...) *uma estrutura empresarial como é a nossa, dominada por pequenas e médias empresas, muitas delas com um volume de negócios anual pouco expressivo, a imposição de uma taxa diária mínima de €100 poderá em determinados casos conduzir à aplicação de penas de multa excessivas em face da situação económica da pessoa colectiva condenada.*” Em um outro sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE expressa alguma incompreensão face à disparidade entre o quantitativo diário máximo de multa fixado no CP por comparação com o do RGIT. Naquele, como se viu, a quantia máxima é de €10.000; neste, é de apenas €5.000 (artigo 15.º, n.º 1 da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho). Argumenta o Autor não haver justificação objectiva para supor que as pessoas colectivas sancionadas ao abrigo do código penal têm maior poderio económico face às pessoas colectivas que cometem os crimes da legislação penal extravagante (v. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>). Da nossa parte, aduzimos que muito provavelmente o legislador não o fez sob considerações de poderio económico, mas sim de prevenção geral. Afinal, é de direito penal clássico que estamos a falar.

Em caso de incumprimento do pagamento da pena de multa dentro do prazo previsto⁴¹⁶, vem o artigo 90.º-B, n.º 6 do CP abrir caminho à execução do património da pessoa colectiva ou entidade equiparada, sendo que o n.º 7 vem garantir (algo desnecessariamente) que uma multa que não seja voluntária ou coercivamente paga não pode ser convertida em pena de prisão subsidiária de agente físico envolvido. Eis, então, o calcanhar de Aquiles na aplicação da pena de multa a pessoas colectivas, cuja natureza intimidatória não tem comparação possível em relação à pena de multa aplicável a pessoas singulares, que ao incumprirem com a mesma, vêem-se na iminência da aplicação de uma pena de prisão subsidiária (hipótese não automática, mas que é possível), nos termos do disposto no artigo 49.º do CP⁴¹⁷. A lei possibilita a execução do património da pessoa colectiva; mas e se ela não tiver património para ser executado? Deverá o tribunal suspender a execução da pena de multa e substituí-la por outra?

Para a determinação da quantia diária de multa a pagar pela pessoa colectiva devem concorrer as características estruturais da empresa, tomando-se como factor-base o lucro *anual* da mesma (no caso de entidades com fins lucrativos), guiados pelo princípio da proporcionalidade na procura dos dados custo/benefício do crime cometido – aspecto que parece ter sido desconsiderado pelo legislador. Neste seguimento, que papel deve ser dado à gravidade do ilícito? Às vantagens potencialmente obtidas com a comissão do crime? Ao dano causado? A decisão não é propriamente fácil atendendo às consequências que a pena de multa pode carrear para a pessoa colectiva. Se, por um lado, se afigura importante que o julgador, aquando da fixação da pena de multa, se norteie pela normal possibilidade/previsibilidade do seu cumprimento⁴¹⁸, rodeando-se das necessárias cautelas para não exigir um quantitativo diário que se mostre

⁴¹⁶ - Aqui deve ler-se somente a falta de pagamento (da totalidade) da multa dentro do prazo previsto uma vez que, ao remeter para o artigo 47.º, n.º 5 do CP, a falta de pagamento de uma das prestações importará necessariamente o vencimento das demais.

⁴¹⁷ - Crítica que é feita por MENDES, Paulo Sousa – “A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal”, 2003, p. 399, onde se pode ler: “(...) *falta a «pedra de fecho» ao sistema da multa e é por causa disso mesmo que a multa é uma pena estruturalmente defeituosa (...)*”. Em sentido contrário, MANUEL CORTES ROSA, que relembra que a multa é uma «privação de bens jurídicos» e que prossegue fins retributivos e preventivos, sendo «indubitável que a multa tem aptidão para prosseguir tais fins, mesmo sem a ameaça da convertibilidade em prisão» - ROSA, Manuel Cortes - “O problema da aplicabilidade de multas às pessoas colectivas, por violação de deveres fiscais”, 1999, p. 55.

⁴¹⁸ - Assim, CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de – “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, p. 93.

“sufocante”⁴¹⁹ para a pessoa colectiva, também é commumente exigido, por outro, que o cálculo económico da multa atinja um nível superior ao do cálculo possível do dano ocorrido, procurando-se desta forma um efeito que seja sentido como punitivo⁴²⁰. Certo é que a pena de multa não pode ser convertida, dissimuladamente e por equivalência de efeitos, em uma pena de confisco, o que seria inconstitucional⁴²¹. O problema acentua-se uma vez perante entidades que não prossigam fins lucrativos (ou cujo escopo não seja exactamente económico) e que pode dar origem a uma condenação atentatória de princípios constitucionais como o da igualdade e o da proibição de excesso. Que critério seguir para fixação do montante da multa nestas situações?⁴²²

Outra matéria pertinente é a de asseverar que o pagamento da multa é realmente feito pela pessoa colectiva e por recurso aos seus próprios meios. Por esta razão, JORGE DOS REIS BRAVO⁴²³ deixa no ar a dúvida sobre a «natureza pessoalíssima» da pena de multa, que só existe se se reflectir sobre o condenado como um verdadeiro «encargo» ou «ónus», pelo que não pode ser paga por terceiro ou por outras *forças* que não as do condenado⁴²⁴. Este outro ponto que gera polémica. É frequente a menção ao reduzido efeito de prevenção da pena de multa uma vez que as empresas, sobretudo as de maior envergadura organizacional e financeira, têm capacidade para calcular uma panóplia de riscos, de entre os quais, riscos associados ao cometimento de infracções pelos seus

⁴¹⁹ - Termo empregue por ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>

⁴²⁰ - Opinião de TORRÃO, Fernando - *Societas Delinquere Potest? - Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, 2010, p. 450.

⁴²¹ - V. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>

⁴²² - CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de - “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, p. 93, responde dizendo que nestes casos o julgador não se pode ater à situação económica da pessoa colectiva, devendo valorizar “(...) os efeitos colaterais danosos que a infracção cometida projecta na comunidade e na esfera pessoal ou patrimonial de terceiros alheios ao crime perpetrado.”; ADÁN NIETO MARTÍN, defensor da fixação de multas através de percentagens (predeterminadas em relação ao ilícito cometido), entende que no caso de pessoas colectivas sem fins lucrativos a multa deverá ter por referência o seu património - cfr. MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 25.

⁴²³ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 219.

⁴²⁴ - Para os casos em que a multa é paga por terceiro, exonerando-se o condenado dos efeitos da pena de multa, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS apresenta parte da solução: tal factualidade constitui um crime de favorecimento pessoal (artigo 367.º, n.º2 do CP) - v. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 118 e 119.

funcionários, preparando-se para o efeito. Outras, capitalizam as desvantagens oriundas da infracção *repercutindo-as* nos preços de custo, eliminando despesas e gastos associados aos trabalhadores, deturpando procedimentos de controlo de qualidade, de segurança, etc., podendo ainda influir nos preços de venda ao público e, dessa forma, espelhar o valor da multa nos consumidores. Contudo, KLAUS TIEDEMANN⁴²⁵ responde a esta crítica lembrando que ela não toma em devida consideração o funcionamento dos mercados, que não consentem, sem mais, aumentos arbitrários nos preços, embora tal não seja *impossível* de suceder. Com a finalidade de controlar a forma de pagamento da multa pela pessoa colectiva, MÁRIO SEIXAS MEIRELES⁴²⁶ propõe a admissibilidade da «intervenção de uma auditoria externa estadual (ou não estadual, mas de credibilidade reconhecida)» que dispusesse de poderes de fiscalização sobre os recursos utilizados pela empresa para pagar a multa, mediante sindicância dos bens do ente colectivo e monitorização do pagamento da multa, numa figura próxima de um “*public interest director*”⁴²⁷. Quer-nos parecer que a proposta do Autor se afigura de grande conveniência, podendo até permitir um auxílio ao ente colectivo no controlo de eventuais efeitos colaterais negativos da pena multa e permite assegurar a prossecução das finalidades desta pena.

Ainda assim, é manifesto com a aplicação da pena de multa a insusceptibilidade de fazer implementar qualquer tipo de reforma nos procedimentos internos das pessoas colectivas ou de contribuir para a disciplina interna dos seus agentes. Com justeza e precisão, FISSE⁴²⁸ declara que é erróneo que se recorra à pena de multa como a “sanção-regra” para a criminalidade de empresa, uma vez que a multa “(...) *do not emphatically convey the message that serious corporate offences are socially intolerable. Rather they create the impression that corporate crime is permissible provided the offender merely pays the going price*”. De outra perspectiva há quem, como nós, se questione acerca da

⁴²⁵ - Citado por MARTÍNEZ, Rosario de Vincente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, pp. 232-233 e 235.

⁴²⁶ - MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, pp. 523 e 524.

⁴²⁷ - GONÇALO MELO BANDEIRA recusa esta solução por entender que ela consubstancia a violação do princípio constitucional da autonomia privada e uma intervenção ilegítima da função jurisdicional – v. BANDEIRA, Gonçalo de Melo - *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, p. 461 (nota de rodapé 1266).

⁴²⁸ - *Apud*, WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 36 e 37.

eficiência da pena de multa por se apresentar demasiado indiferenciada enquanto sanção *principal* aplicável a pessoas colectivas⁴²⁹.

Por fim, impõe-se a abordagem ao disposto no artigo 11.º, n.º 9 do CP. Este artigo faz recair o dever de pagar a multa da pessoa colectiva sobre agentes que nela exerçam uma posição de liderança - em termos subsidiários e com direito de regresso - para casos circunstanciados em que seja possível a formação de um juízo de censura sobre estes agentes individualmente considerados. Ora, este preceito suscitou dúvidas fundadas quanto à sua constitucionalidade, levando à pronúncia pelo TC no sentido da sua conformidade à Constituição - *vide*, por exemplo, Acórdão TC n.º 129/2009. Segundo o TC, esta responsabilidade tem uma natureza meramente civil, decorrente da contribuição ou da implicação da pessoa com posição de liderança na frustração do *crédito* - portanto, dependente de facto culposos do agente - razão pela qual se recusa a violação do princípio da intransmissibilidade da pena⁴³⁰. Efectivamente, resultará deste preceito a responsabilização de pessoas singulares pelo pagamento de uma multa que foi determinada *em função* da pessoa colectiva e do facto criminoso a ela imputado, no qual: (i) as pessoas singulares não intervieram e não foram individualmente responsabilizadas, o que é atentatório do princípio constitucional da intransmissibilidade das penas e da natureza pessoalíssima destas; e agravado pela circunstância de prover a uma cobrança não só coerciva - como se de um *mero direito de crédito* se tratasse -, mas excessiva por parte do Estado contra uma pessoa singular, defraudando as finalidades da pena de multa sobre o agente a quem se deveriam dirigir (pessoa colectiva). Ou no qual: (ii) as pessoas com posição de liderança participaram e foram eventualmente responsabilizadas, o que contende de forma expressa com o princípio constitucional do *ne bis in idem*, consabidamente um alvo de violação fácil caso não se estabeleça a autonomia

⁴²⁹ - V. SCHÜNEMANN, Bernd - "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", 2009, p. 153, ou HEINE, Günter - "Sanctions in the field of corporate criminal liability", 1999, pp. 244-246: "(...) *exclusive reliance on the fine is crude, and likely limited in its ability to achieve its goal to control and prevent corporate crime. (...) The U.S. Federal Supreme Court emphasized that the fine simply represented a cost of doing business which is small in comparison with the potential profits.*"

⁴³⁰ - Defendendo a constitucionalidade do artigo 11.º, n.º 9 os Autores ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 100 e SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 439 e 444 (nota de rodapé 50).

entre as duas responsabilidades criminais⁴³¹. Como se pode denominar de *responsabilidade civil* o pagamento de uma pena de multa de outrem? Mesmo que se censure a actuação do agente singular, ela nada teve que ver com o cometimento do ilícito-típico que a cominou⁴³². Aliás, não é descabido afirmar que as hipóteses previstas nas alíneas b) e c), do n.º9, do artigo 11.º podem ser subsumidas a outro tipo de tutela (mesmo penal) para os casos de responsabilidade por insolvência dolosa ou negligente⁴³³. Singular é a situação constante da alínea a) do n.º 9 do artigo 11.º que pretende responsabilizar agentes com posição de liderança que se não tenham *oposto expressamente* ao delito cometido no período em que exerciam as suas funções. Aqui, mais do que nas outras, parece estar uma verdadeira *responsabilidade*, mais próxima do cometimento do crime. Será esta alínea complementar da alínea b), do n.º2 do artigo 11.º na parte que respeita ao agente com posição de liderança? À partida, diremos que sim, fazendo partilhar a responsabilidade pelo pagamento da multa com aqueles que, embora não tenham preenchido com a sua conduta o ilícito típico, *possibilitaram* o cometimento de um crime por um subordinado seu – o que é totalmente consentâneo com a falta de oposição expressa que a alínea a) do n.º9 requer. Esta é a única hipótese em que se aceita a transmissão da responsabilidade pelo cumprimento da pena de multa da pessoa colectiva. Ainda assim, não deixa este artigo de evidenciar um elevado grau de preocupação com a *arrecadação* das quantias pecuniárias envolvidas, ao invés de ter como escopo a prossecução das finalidades das penas quanto à pessoa colectiva⁴³⁴.

⁴³¹ - Partilhando da mesma opinião, BRANDÃO, Nuno – “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, p. 52.

⁴³² - Classificando este artigo como «uma autêntica burla de etiquetas» que é, na realidade, inconstitucional por transmissão da responsabilidade penal, v. BRANDÃO, Nuno – “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, p. 51.

⁴³³ - Por exemplo, BRANDÃO, Nuno – “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, pp. 52 e 53; e BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 228. Ainda assim, JORGE DOS REIS BRAVO envia esforços para acolher o sistema de responsabilidade subsidiária do n.º 9 do artigo 11.º, por se tratar de uma responsabilidade «supletiva», «em razão da fungibilidade da obrigação», sem «carácter material» e determinada por razões de «praticabilidade», não esquecendo que só opera uma vez verificados os seus requisitos (que pressupõem a imputação de uma conduta desvaloriosa ao agente).

⁴³⁴ - Motivo pelo qual NUNO BRANDÃO afirma que do artigo 11.º, n.º 9 do CP resulta uma «degradação» da natureza sancionatória da pena de multa em uma «natureza creditícia» - cfr. BRANDÃO, Nuno – “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008 p. 52.

b) Penas Substitutivas

1.3 – A pena de admoestação (artigo 90.º-C)

Esta uma pena substitutiva da pena de multa cujo principal requisito é o de a pessoa colectiva não ser condenada em pena de multa superior a 240 dias (o que corresponde a dois anos de prisão para pessoa singular). Do n.º 2 consta a sua definição enquanto censura oral e solene feita em audiência, pelo tribunal, a representante legal da pessoa colectiva ou entidade equiparada (ou, na sua falta, a pessoa que ocupe uma posição de liderança). Ponto é que o dano haja sido reparado e o tribunal entender que, por essa via, se realizam de forma «adequada» e «suficiente» as finalidades da punição (artigo 60.º, n.º2 do CP *ex vi* artigo 90.º-C, n.º 1), com a limitação de a pena de admoestação não poder ser aplicada se a pessoa colectiva nos três anos anteriores ao facto, houver sido condenada em qualquer pena (artigo 60.º, n.º3 do CP *ex vi* artigo 90.º-C, n.º 1)⁴³⁵.

Ora, salvo os casos de delitos de pouca gravidade (seja quanto aos danos provocados, seja quanto ao grau de censurabilidade sobre a pessoa colectiva – que não deverão ser frequentes) julgámos absolutamente inócua e destituída de profícua finalidade a aplicação de uma pena de admoestação a pessoas colectivas⁴³⁶. Trata-se de uma pena intimamente conexionada ao arrependimento

⁴³⁵ - Faça-se notar que a limitação imposta não é a de a pessoa colectiva não poder ser reincidente mas sim o limite temporal de três anos anteriores à comissão do crime pela pessoa colectiva. Diferentemente, no sentido de a pessoa colectiva dever ser «primária», BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 233.

⁴³⁶ - É numerosa a doutrina com a mesma opinião. Vide BRANDÃO, Nuno - “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, p.43 (que vê com agrado a «degradação do estatuto da pena de admoestação» de pena principal, no Decreto-Lei n.º28/84, de 20 de Janeiro, para pena substitutiva no regime geral do código penal, atenta a sua «baixa eficácia preventiva»); BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 234; MEIRELES, Mário Seixas - “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 522, referindo-se à pena de admoestação como uma sanção que «em nada ajuda a credibilizar o bem jurídico-penal-económico». Por último, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS que entre a consideração do seu «carácter puramente simbólico», associado ao sentido de honra do agente, é uma pena «irremediavelmente afectada na sua eficácia preventiva», destituída de efeitos para o futuro, logo, torna-se difícil “(...) ver numa pena afectada mesmo no cerne da sua eficácia preventiva outra coisa que não uma medida desnecessária, e por isso condenável, do ponto de vista político-criminal.” – DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 388 e 389.

do agente, que reveste a forma de uma repreensão que só pode ser *sentida* por um ser humano, pelo que não se compreende semelhante disposição face a pessoas jurídicas. Não obstante, a ser aplicada, esta pena deve destinar-se a agentes físicos que possam influir *positivamente* na condução da actividade e da política da pessoa colectiva, pelo que, mais do que representantes legais, ajuizamos dever ser feita à pessoa que ocupe uma posição de liderança no sector em que foi cometido o crime (e que deve acompanhar todo o processo penal, seja como co-arguido, seja como mero responsável da estrutura sectorial colectiva)⁴³⁷.

Advirta-se que as possibilidades de cumulação da pena de admoestação com as demais são inexistentes, exceptuado o caso da pena acessória de publicidade da decisão condenatória, seja em razão da qualidade de pena substitutiva, seja por observação dos seus requisitos, seja ainda pela manifesta gravidade de algumas sanções acessórias que não se coadunam com o espírito subjacente à pena de admoestação⁴³⁸.

1.4 – A pena de caução de boa conduta (artigo 90.º-D)

Nos casos em que à pessoa colectiva deva ser aplicada pena de multa até 600 dias, pode o tribunal, ao invés, condená-la a prestar caução de boa conduta em valor compreendido entre os €1000 e os €1.000.000, pelo prazo de um a cinco anos⁴³⁹ (n.º 1) que pode ser prestada por meio de depósito, penhor, hipoteca, fiança bancária ou fiança (n.º 3). Se a pessoa colectiva prestar caução e não for condenada em novo crime dentro do prazo previsto na sentença, a caução ser-lhe-á devolvida; na eventualidade de a pessoa colectiva ser condenada em novo crime, dentro do prazo referido, é a caução declarada perdida a favor do

⁴³⁷ - Em sentido algo semelhante, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 234.

⁴³⁸ - Mais completo sobre o assunto ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 311.

⁴³⁹ - O valor da caução de boa conduta deve ser proporcional à gravidade da pena de multa que vai substituir – assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 312. O prazo de um a cinco anos (consoante seja fixado pelo tribunal) só começará a correr a partir da efectiva entrega da caução de boa conduta.

Estado (n.º 2). O tribunal pode revogar a pena de caução de boa conduta e ordenar o cumprimento da pena de multa fixada na sentença caso a pessoa colectiva não preste caução no prazo fixado pelo tribunal e que não se deve confundir com o prazo previsto no n.º 1 do artigo 90.º-D do CP, sendo que, para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE deve aplicar-se por analogia o prazo de 15 dias contados do trânsito da sentença⁴⁴⁰. Deve questionar-se: o que entender por *novo* crime? Deverá este ser do mesmo género do crime outrora cometido e que originou a caução de boa conduta ou poderá ser qualquer outro tipo de crime? Salvo melhor opinião, entendemos que só pode tratar-se de um crime semelhante ao que levou à condenação da pessoa colectiva ou que resulte do mesmo defeito de organização que gerou o primeiro delito. Entre um e outro, deverá haver uma ligação. Caso contrário, estaríamos a fazer repercutir efeitos de uma pena e de um determinado tipo de crime sobre outro.

Contestamos, enfim, a eficácia de semelhante pena, sobretudo se desacompanhada de injunções à pessoa colectiva que se destinem a *reformá-la* em ordem a não voltar a delinquir – sendo certo que, também por violação destas obrigações, deveria o Estado poder declarar perdida a seu favor *parte* da caução prestada⁴⁴¹.

1.5 – A pena de vigilância judiciária (artigo 90.º-E)

⁴⁴⁰ - Por aplicação analógica dos artigos 489.º, n.º 2 e 490.º, n.º 4 do CPP, cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 312.

⁴⁴¹ - JORGE DOS REIS BRAVO concebe esta pena como um “(...) meio eficaz de prevenção especial de crimes, agindo a circunstância da potencial perda do dinheiro depositado como pressão ou motivo inibitório da prática de novos crimes” pela pessoa colectiva (BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 234). Não temos dúvidas de que tal sanção representa um factor de motivação para não voltar a delinquir. Não obstante, parece ofuscar por completo o crime ocorrido, deixando a pessoa colectiva à sua própria mercê. Como caracterizar, sequer, esta reacção penal como uma verdadeira pena? A este propósito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS concebe-a como «exclusivamente preventiva», sem qualquer ligação à reparação do «mal» do crime ou à socialização do delinquente, qualificando-a como «verdadeira medida de segurança» - DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, p. 406.

A vigilância judiciária pode ser decretada pelo tribunal em substituição de pena de multa que não ultrapasse os 600 dias, pelo prazo de um a cinco anos. Ela pressupõe a determinação pelo tribunal da fiscalização da actividade da pessoa colectiva que haja originado o crime e a respectiva condenação, fiscalização esta que será entregue a um representante judicial (artigo 90.º-E, n.º 1). Estamos perante uma pena que não encontra paralelo no ordenamento jurídico-penal, apresentando-se como uma verdadeira inovação, o que não deixa de suscitar grandes dúvidas quanto à sua execução. Efectivamente, dos n.ºs 2 e 3 constam os poderes e deveres do representante judicial em termos genéricos. Assim, somos desde logo esclarecidos de que o representante judicial não tem poderes de gestão sobre a pessoa colectiva ou entidade equiparada, a que se segue o dever que sobre ele incide de informação ao tribunal acerca da evolução da actividade da pessoa colectiva, cuja frequência deverá ser semestral ou ocorrer sempre que o representante judicial entenda necessário. Quanto à sua cessação, deverá o tribunal revogar a pena de vigilância judiciária e ordenar o cumprimento da pena de multa anteriormente determinada se a pessoa colectiva cometer um novo crime pelo qual venha a ser condenada e esse evento revelar que a pena de vigilância judiciária não surtiu os desejados efeitos, demonstrando que a finalidade para que foi imposta não pode ser alcançada (n.º 4) – ressalve-se que estas duas condições deverão ser de verificação cumulativa.

Estranhamente, esta novíssima figura do representante judicial não foi objecto de regulamentação específica, havendo sido deixadas em área cinzenta as suas atribuições e concreta operacionalidade no âmbito da pessoa colectiva. Em decurso, deveria estipular-se um dever de colaboração, de informação e de prestação de documentos sobre a pessoa colectiva necessários e adequados à fiscalização pelo representante judicial, sob cominação legal de consequências, afinal, para um desempenho eficaz das suas funções terá o representante judicial de usufruir do acesso devido a instalações e informações pertinentes acerca do funcionamento da pessoa colectiva. Correspectivamente, impenderá sobre ele o dever de sigilo quanto à totalidade de conhecimentos que venha a deter sobre a organização, dever que se manterá activo durante um considerável período de tempo, tanto concomitante, como posterior ao prazo de execução da pena de vigilância judiciária.

JORGE DOS REIS BRAVO concebe esta pena como primordialmente aplicável a empresas, perspectivando com grande dificuldade a sua aplicação a entes desprovidos de personalidade jurídica ou de substrato material⁴⁴². Esta também uma sanção que expressa, sobremaneira, a necessidade de se estar perante uma verdadeira instituição ou sistema organizado com uma dinâmica própria. O que, como se viu, não depende exactamente da atribuição legal de personalidade jurídica.

Grande apologista desta sanção é BERND SCHÜNEMANN⁴⁴³ que a considera como a que mais se aproxima da pena privativa da liberdade para pessoas naturais⁴⁴⁴. Do seu ponto de vista, a supervisão (*"guardianship"*) deveria manter intocada a direcção/corpo executivo da pessoa colectiva, mas com objectivo de garantir transparência entre os intervenientes e reduzir o risco de crimes futuros. Ela deveria existir sempre que o delito houvesse partido da gerência, dos administradores ou de directores, podendo ir de 1 a 5 anos (variável consoante se tratasse de pessoa colectiva reincidente) e com o fim de investigar as causas do delito, a sua gravidade e a possibilidade de serem melhoradas ou eliminadas. O supervisor seria nomeado pelo tribunal após audição de autoridades administrativas qualificadas, sendo que o supervisor teria direito a estar presente e a obter informações respeitantes a todas as matérias da empresa, contando que não lhe coubesse qualquer papel ao nível de empreendedorismo ou gestão. Ele seria compensado financeiramente pela própria pessoa colectiva condenada e caso essa não cumprisse com os seus deveres, arcaria com multa. Diz-nos o Autor que esta sanção é a única que consegue combinar as componentes repressivas com as preventivas, *atacando* a fonte do perigo e visando a já referenciada "atitude criminal colectiva"; tudo isto, sem afectar terceiros (principalmente, os accionistas). A principal desvantagem apontada a esta sanção consiste na dificuldade prática em encontrar pessoal qualificado e capaz de acompanhar diariamente a actividade de grandes empresas, sendo que a vantagem é evidente:

⁴⁴² - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 235.

⁴⁴³ - SCHÜNEMANN, Bernd - "Placing the enterprise under supervision (*"Guardianship"*) as a model sanction against legal and collective entities", 1999, pp. 295 a 298.

⁴⁴⁴ - SCHÜNEMANN, Bernd - "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", 2009, p. 154.

é uma sanção que permite que a pessoa colectiva prossiga *normalmente* com a sua actividade⁴⁴⁵.

É uma sanção reabilitadora e extremamente promissora quando se esteja perante empresas corrigíveis, em que a auto-regulação não se afigure possível em tempo desejável, dada a reincidência da empresa, o *perigo* de reiteração criminosa ou o sério comprometimento do corpo directivo na comissão do delito. Esta é claramente uma medida análoga a medida de segurança, pois a relação existente com o ilícito-típico advém dos requisitos que o legislador estipulou para a sua admissão e que a ligam à pena de multa, quando na verdade, subjacente à mesma e em ‘condições normais’ estariam considerações atinentes à *perigosidade* do agente, a um júzo de prognose quanto à sua *socialização e comportamento futuro* e, não, considerações de culpa pelo facto cometido.

c) Penas Acessórias⁴⁴⁶

1.6 – A pena de injunção judiciária (artigo 90.º-G)

A injunção judiciária é uma pena acessória já conhecida entre nós graças ao Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Esta pena pode ser decretada pelo tribunal como reacção a uma actividade ilícita que ainda não tenha cessado ou, simplesmente, para evitar ou atenuar as consequências de um ilícito já ocorrido, podendo o tribunal ordenar à pessoa colectiva que adopte as providências que se lhe afigurem necessárias (n.º1), devendo o prazo para o seu cumprimento ser fixado na sentença e cumprido a partir do trânsito em julgado desta (n.º 2).

Em prol da eficácia da pena de injunção judiciária não concordamos com JORGE DOS REIS BRAVO quando delimita o âmbito de aplicação do artigo 90.º-G

⁴⁴⁵ - MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Persona Jurídica y consecuencias accesorias”, 2002, p. 119.

⁴⁴⁶ - Como se verá, serão as penas acessórias que poderão desempenhar um papel genuíno em termos de prevenção e de *reforma* nas pessoas colectivas. É quase um dado assente que a eficácia preventiva das penas acessórias reveste “*um maior potencial, sob o ponto de vista da prevenção e dissuasão, do que qualquer das penas principais e das penas «substitutivas»*” à excepção, diríamos nós, da pena de vigilância judiciária, claramente sub-aproveitada. Assim, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 239.

do CP aos casos em que a actividade ilícita consiste em uma «conduta activa», o que significaria que o tribunal só teria legitimidade para impor medidas aptas a «fazê-la cessar», não se prevendo tal possibilidade para os casos de omissões penalmente relevantes da pessoa colectiva⁴⁴⁷. Também em casos de omissão deverá o tribunal ordenar à pessoa colectiva que adopte as providências legalmente exigidas, situação que se tornaria mais completa em caso de cumulação da injunção judiciária com a caução de boa conduta, à imagem do que sucede nos artigos 10.º, n.º 2 e 11.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Em caso de incumprimento da injunção decretada pela pessoa colectiva rege o disposto no artigo 353.º do CP (Violação de imposições, proibições ou interdições)? Ou, antes, haverá que recorrer à responsabilização pelo crime de desobediência qualificada, como sucede no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (artigo 11.º, n.º 3)? Alguma destas soluções deveria vir prevista no código penal. Porém, uma vez mais, vingou o silêncio do legislador.

Da nossa parte, encaramos esta pena acessória como promissora, por ser vocacionada para a individualidade do caso concreto e para a corrigibilidade do delinquent, postulando fins reabilitadores da pessoa colectiva e de efeitos colaterais praticamente nulos.

1.7 – A pena de interdição do exercício de actividade (artigo 90.º-J)

No que concerne à interdição *temporária* do exercício de actividade, o artigo 90.º-J, n.º 1 prevê que o tribunal possa ordená-la pelo prazo de três meses a cinco anos, contando que o crime haja sido cometido no exercício das actividades a proibir. Dado pertinente é-nos facultado pelo disposto no artigo 100.º do CP, que encerra a interdição de actividades aplicável a pessoas

⁴⁴⁷ - V. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 240 e 241. Não nos parece descabido afirmar que após se constatar, através do cometimento de um crime, que há uma falha na organização da pessoa colectiva, a melhor solução passa por auxiliá-la na adopção das providências necessárias a corrigir a falha/causa do crime e a torná-la conforme à lei.

singulares e que assume, precisamente, a natureza de medida de segurança⁴⁴⁸. Registe-se que os termos em que esta medida de segurança vem consagrada denota um maior cuidado face à congénere aplicável a entes colectivos. Dos requisitos para aplicação da primeira exige-se que o crime tenha sido cometido com «grave abuso de profissão, comércio ou indústria» exercida pela pessoa singular ou com «grosseira violação dos deveres inerentes», havendo, ainda, que apreciar-se o facto concretamente praticado e a «personalidade do agente» em ordem a permitir a formulação de um juízo acerca do fundado receio da prática de novos factos da mesma espécie do cometido (artigo 100.º, n.º 1 do CP). Ora, o artigo 90.º-J nada mais requer do que a simples constatação de o crime haver sido cometido no exercício da actividade a interditar. Acresce que o artigo 100.º, n.º 2 admite a prorrogação da medida de segurança até três anos, se o tribunal considerar que o prazo inicialmente previsto não é suficiente à dissipação do perigo que fundamentou a medida de segurança em primeiro lugar. O que nos leva a concluir que com a aplicação desta sanção acessória de interdição do exercício de actividade da pessoa colectiva, nada se pretende remediar ou solucionar quanto à actividade exercida, o que torna manifesto o carácter essencialmente *punitivo* e *repressivo* desta pena, indiferente a qualquer pretensão de evolução positiva (ou negativa) da pessoa colectiva e de um *melhor* controlo sobre a sua actividade.

Por outro lado, esta interdição pode ser *definitiva* nos casos previstos no n.º 2 do artigo 90.º-J, desde que o crime pelo qual a pessoa colectiva venha a ser responsabilizada puder ser sancionado com pena de multa superior a 600 dias. Traço distintivo desta interdição definitiva é o disposto no n.º 3, que admite a reabilitação da pessoa colectiva - a seu próprio requerimento e consentida pelo tribunal - para o exercício legítimo da actividade que fora *proibida*. Pressupostos necessários para esta reabilitação são dois. Primeiro, o de a pessoa colectiva ter cumprido com a pena principal em que foi condenada. Segundo, o de se ter conduzido de «forma que torne razoável supor que não cometerá novos crimes», ou seja, o facto de se ter conduzido em conformidade

⁴⁴⁸ - Referenciando que a “interdição” é mais apropriada ao domínio das medidas de segurança e que a Comissão de Revisão do Código Penal, na sua 8ª sessão, se pronunciou neste sentido, PEREIRA, Victor Sá, LAFAYETTE, Alexandre - *Código Penal Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar*, 2014, p. 290.

com a lei por um período de cinco anos após cumprimento da pena principal. Como se pode ver, a partir do momento em que a pessoa colectiva é interdita em definitivo do exercício de uma actividade, ela assim permanecerá por um período mínimo de cinco anos. Torna-se novamente notório o teor punitivo desta sanção, sanção que é apenas *acessória*, com clara prevalência também para o factor *inocuidade*. Reconhecemos que ela por um lado representa um incentivo ao bom comportamento da pessoa colectiva em termos algo *generalizados*, embora. Não obstante, e por outro lado, se a pessoa colectiva foi obrigada a cessar a actividade no âmbito da qual prevaricou, facto é que, ou bem que se lhe deve exigir a apresentação de dados quanto à adopção de procedimentos ou formas de controlo adequados a prevenir crimes que possam advir desta actividade ou iremos possibilitar o *re-exercício* da actividade outrora proibida sem que nada houvesse sido melhorado a respeito, o que tornaria esta sanção inócua sob o ponto de vista preventivo-especial positivo.

São vários os Autores que reclamam contenção na aplicação desta pena acessória, pois ela, nos seus efeitos práticos, pode facilmente assemelhar-se a uma pena de «dissolução mascarada»⁴⁴⁹ ou passado determinado período de tempo, converter-se em uma pena de encerramento da empresa⁴⁵⁰.

Acresce que nenhuma elucidação é feita quanto aos mecanismos a empregar para assegurar o cumprimento desta interdição (quem fiscaliza a pessoa colectiva?), quiçá, que consequências atribuir ao seu incumprimento.

1.8 – A pena de proibição de celebrar contratos (artigo 90.º-H)

A pessoa colectiva ou entidade equiparada que for condenada penalmente pela prática de um crime pode ver-se proibida de celebrar *certos* contratos ou

⁴⁴⁹ - Expressão de BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 243.

⁴⁵⁰ - Sobretudo para sociedades que vivem da produção industrial. Mesmo que se trate de uma interdição de exercício de actividade por um curto espaço de tempo, ela pode ser o suficiente para levar à ruína da empresa atento o prejuízo inerente à inactividade ou à perda de clientela a favor de sociedades concorrentes. Assim, SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 103 (nota de rodapé 30).

proibida de contratar com *determinadas* entidades, pelo prazo de um a cinco anos. Uma vez mais o legislador penal foi parco em palavras, não circunscrevendo as condições ou pressupostos de aplicabilidade desta pena acessória. Que tipos contratuais estarão em causa? E no que respeita ao universo de entidades contratuais? Como refere JORGE DOS REIS BRAVO deverão estas ser presumidamente de natureza pública, como o Estado e demais pessoas colectivas de direito público. O Autor chama a atenção para o facto de, nos termos do Código dos Contratos Públicos não poderem, em princípio, figurar como partes contratantes pessoas colectivas desprovidas de personalidade jurídica, o que importará inevitavelmente a «inaplicabilidade» desta pena acessória a entidades equiparadas a pessoa colectivas⁴⁵¹.

Certamente, factores como a natureza do ilícito cometido, a actividade desenvolvida na comissão do delito e as próprias características e o objecto social da pessoa colectiva serão determinantes da eficácia e adequação desta pena.

1.9 – A pena de encerramento de estabelecimento (artigo 90.º-L)

O tribunal pode ordenar o encerramento *temporário* de estabelecimento por um prazo compreendido entre os três meses e os cinco anos, havendo sido cometida uma infracção no âmbito da actividade respectiva (assim o pronuncia o n.º 1). Ora, à imagem do que sucede com a interdição do exercício de actividade prevista no artigo 90.º-J, também o encerramento de estabelecimento pode ter um carácter *definitivo*, desde que a pessoa colectiva seja condenada por um crime que comine uma pena de multa superior a 600 dias (n.º 2 do artigo 90.º-L). De igual modo, nos termos do n.º 3, poderá o tribunal reabilitar a pessoa colectiva – autorizando-a a reabrir o estabelecimento – se por um período de cinco anos após cumprimento da pena principal, for razoável supor que ela não cometerá novo delito atento o modo como ela se conduziu. Imediatamente

⁴⁵¹ - Cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 241.

somos levados a inferir que só poderá estar em causa uma pessoa colectiva que exerça a(s) sua(s) actividade(es) em mais do que um estabelecimento, sendo que se reitera, nesta sede, as críticas deixadas ao artigo 90.º-J, embora agravadas, por estar aqui em causa o encerramento do estabelecimento. E as cautelas deverão ser tanto maiores que bem andou o legislador ao deixar consignado no código penal que a aplicação desta sanção não constitui justa causa para o despedimento de trabalhadores, nem fundamento para a suspensão ou redução do pagamento das respectivas remunerações (n.º 5)⁴⁵², o que nos leva a questionar o motivo pelo qual se não estipulou semelhante ressalva para os casos de aplicação da pena de interdição do exercício de actividade quando a mesma também é susceptível de afectar a situação laboral de pessoas físicas. Deveremos extrair desta omissão no artigo 90.º-J um propósito de *(co-)responsabilização* dos trabalhadores atenta a sua ligação à específica actividade que gerou o crime e que será proibida?

Outra salvaguarda pertinente foi estipulada no n.º 4 do presente artigo, que não afasta a exequibilidade da pena de encerramento de estabelecimento nos casos em que ocorra (i) a transmissão do estabelecimento ou (ii) a cedência de direitos de qualquer natureza, ocorridos *depois* da instauração do processo-crime ou *depois* da prática do delito, *excepto* se o adquirente se encontrar de boa fé. A *ratio* subjacente a este número é clara: a de não defraudação da lei. Como bem se compreende, após a condenação da pessoa colectiva na presente sanção, não pode haver protecção daquele que a venha a adquirir ao abrigo de eventual boa fé⁴⁵³. Por mais que se intente circunscrever os efeitos da pena aplicável aos verdadeiros prevaricadores, entendeu o legislador enveredar pelo impedimento à aplicação desta pena quando o novo titular do estabelecimento estiver de boa fé no acto de transmissão/cedência do negócio (e que deverá ser provada pelo próprio). Mas há que reflectir acerca da opção tomada pelo legislador por não ser isenta de senãos. Se cuidarmos desta disposição legal veremos que à transmissão da *titularidade* de estabelecimento o legislador penal associou a inviabilidade de execução desta pena e das suas finalidades. O

⁴⁵² - Idêntica previsão já havia sido feita pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, no artigo 17.º, n.º 3.

⁴⁵³ - Ainda para mais quando à aplicação desta sanção acessória se faz acompanhar *sempre* a sanção de publicação da decisão condenatória (*vide* disposto no artigo 90.º-M, n.º 1 do CP).

que se deve indagar é do porquê, pois que a ser assim, o estabelecimento poderá continuar a exercer a sua actividade, com os mesmos trabalhadores, líderes e agentes em posição de liderança (no fundo, poderá manter o mesmo defeito organizacional ou política criminosa) e só porque o seu *dono* já não é o mesmo, o estabelecimento não poderá ser encerrado, sem outras condicionantes. Que seja assim quando a transmissão ou cedência de direitos ocorra *após* o cometimento do crime, nada contra. Situação diferente é a de já haver sido instaurado o processo penal respeitante e haver negócio sobre o estabelecimento em causa. Discordamos nesta parte com a solução adoptada pela lei. A instauração de um processo crime, embora possa não revestir notoriedade ou ser do conhecimento público, é um factor *determinante* da vontade negocial. Consequentemente, para os casos em que o futuro adquirente se sinta defraudado nas suas expectativas quanto ao negócio celebrado, o direito civil coloca à sua disposição meios de tutela que vão desde a relevância dos vícios da vontade negocial (artigos 240.º a 257.º do CC), até à possibilidade de requerer uma indemnização avultada por má-fé da contraparte na fase negocial. Dito isto, na eventualidade de já haver sido instaurado o processo crime não deveria a pena acessória de encerramento de estabelecimento estar vedada ao julgador. Ademais, até que ponto esta previsão do n.º 4 do artigo 90.º-L não pressupõe um juízo atentatório da própria *autonomia* deste estabelecimento/pessoa colectiva? Se em matéria de direitos reais se prevê um *efeito de sequela* respeitante à coisa, porque não admitir *mecanismo* análogo relativamente à condenação por um ilícito criminal, quando estaria em causa um interesse público determinante de protecção de bens jurídicos?

Como “pena privativa da liberdade” que é, o encerramento de estabelecimento acompanhado (muitas das vezes) da inabilitação para a prática de determinadas actividades profissionais ostenta uma força preventiva considerável, dificilmente comparável a outras do sistema penal⁴⁵⁴, a ponto de GONÇALO MELO BANDEIRA⁴⁵⁵ defender que esta pena deveria ser elevada a

⁴⁵⁴ - Assim o entende MARTÍNEZ, Rosario de Vincente – “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, 1999, p. 223.

⁴⁵⁵ - BANDEIRA, Gonçalo de Melo - *Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, 2004, p. 191 (nota de rodapé 474).

pena principal, na medida em que se pode aproximar de uma dissolução de *facto* da pessoa colectiva condenada, caso se trate de estabelecimento único da pessoa colectiva⁴⁵⁶. Ora, neste seguimento, somos levados a defender que esta pena só pode ter aplicação relativamente a pessoas colectivas que detenham mais do que um estabelecimento, caso contrário, estaria legitimada uma verdadeira pena de dissolução, quando o encerramento fosse definitivo, à margem dos requisitos constantes do artigo 90.º-F do CP (que, como se viu, são restritivos)⁴⁵⁷.

1.10 - A pena de privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (artigo 90.º-I)

A sanção acessória prevista neste artigo também pode ser encontrada no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, onde vem prevista em termos mais completos, apresentando uma definição para os conceitos de «subsídio», «subvenção» e «incentivo» (artigos 14.º e 21.º). Ordenada pelo prazo de um a cinco anos, a grande questão atinente a esta pena é a da sua restrição. Para lá da atribuição de participações financeiras, estarão incluídas também matérias atinentes ao fisco, como a afectação de isenções ou benefícios fiscais? Com a expansão do regime da concorrência e das inerentes restrições comunitárias, o campo de incidência desta pena poderá vir a reduzir-se drasticamente, como bem relembra JORGE DOS REIS BRAVO⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ - Por seu turno, KLAUS TIEDEMANN vê no encerramento de estabelecimento uma medida de segurança por se apresentar como uma reacção ante a expressão e concretização daquilo que considera ser a “marca de perigosidade” da actividade empresarial. V. TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, pp. 24 e ss.

⁴⁵⁷ - Suscitando também esta questão, BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 245.

⁴⁵⁸ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 242.

1.11 – A pena de publicidade da decisão condenatória (artigo 90.º-M)

A sentença que condene a pessoa colectiva deverá ser *sempre* publicada nos casos em que se apliquem as sanções de admoestação (artigo 90.º-C), de interdição do exercício de actividade (artigo 90.º-J) e de encerramento de estabelecimento (artigo 90.º-L) – *vide* n.º1 do artigo 90.º-M⁴⁵⁹. Em decorrência das críticas deixadas à pena de admoestação, não nos surpreende, pois, a necessidade sentida de fazer conjugá-la com a sanção de publicação da decisão condenatória, esta sim, de reputáveis efeitos intimidatórios e repressivos. Nos dois números remanescentes tratou o legislador de apontar os meios passíveis de utilização para a difusão e a publicação da decisão condenatória, bem como do conteúdo obrigatório da publicação. Portanto, a pena de publicidade da decisão condenatória é efectuada a expensas da pessoa colectiva condenada, por meio de comunicação social a determinar pelo tribunal *bem como* através da afixação de edital por período não inferior a 30 dias no próprio estabelecimento comercial ou industrial ou no local de exercício da actividade, por forma «bem visível ao público» (n.º 2). Faça-se registar que relativamente ao projecto legal inicial se proveu ao *alargamento* do âmbito possível de repercussão da pena e dos meios de comunicação a utilizar, não a limitando a simples publicação periódica editada na comarca ou em comarca mais próxima, sendo que, por outro lado, abandonou-se a publicação em Diário da República para os casos mais graves⁴⁶⁰. Por fim, os factos a publicar sê-lo-ão em extracto de onde constarão os elementos da infracção, as sanções aplicadas e a identificação da pessoa colectiva (n.º 3).

⁴⁵⁹ - É comum a crítica de que a este elenco legal deveria o legislador penal ter juntado a pena de dissolução, considerando a sua gravidade e imprescindibilidade de divulgação para salvaguarda de terceiros. Por todos, MEIRELES, Mário Seixas – “Responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas”, 2008, p. 132.

⁴⁶⁰ - Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>, onde o Autor chama particularmente a atenção para a necessidade de se fazer valer as novas tecnologias da sociedade da comunicação e informação, devendo o julgador actualizar os meios de actuação da justiça criminal, designadamente, a Internet, consistindo mesmo o recurso a este meio de comunicação e difusão o passo decisivo para a credibilização da pena acessória de publicidade da decisão condenatória.

As indicações dadas pelo legislador são naturalmente genéricas, logo, caberá ao juiz adequá-las ao caso concreto, o que não se afigura tarefa fácil⁴⁶¹. Na actualidade, são diversificados os meios de comunicação existentes e a sua força propagadora varia *substancialmente* de uns meios para outros. A publicação em periódicos nacionais pode produzir iguais ou menores efeitos para uma pessoa colectiva localizada em meio territorial pequeno por comparação com a publicação da decisão condenatória em periódico local ou regional. O próprio crime pelo qual a pessoa colectiva é condenada é decisivo. Certamente não produzirá os mesmos efeitos a publicação de uma decisão condenatória por um crime contra o ambiente (mas restrito apenas a uma pequena parcela do território nacional), face a um crime de escravidão ou tráfico de pessoas, cujas repercussões sobre a pessoa colectiva aumentarão exponencialmente. O julgador deverá cingir-se a critérios como a *natureza e dimensão* da actividade da pessoa colectiva (portanto, qual o âmbito territorial do exercício da sua actividade e da sua distribuição produtiva, a par do seu reconhecimento a nível internacional, nacional, regional ou local); a *gravidade* do crime cometido e as suas consequências práticas; o prognóstico dos efeitos sobre a pessoa colectiva e, até, sobre alguns dos membros que a compõem, especialmente tratando-se de pessoas colectivas sediadas em meios mais pequenos; o público-alvo da publicação da decisão condenatória também pode auxiliar na escolha do meio de comunicação a utilizar. É importante reconhecer o potencial sancionatório e punitivo desta pena. Ela foi, aliás, apontada como uma pena *preferível* à pena de multa sobre pessoas colectivas aquando do IV Congresso Internacional de Direito Penal Económico de Bucareste (Outubro de 1953)⁴⁶². Os seus efeitos podem ser claramente difamantes e estigmatizantes não se duvidando da nocividade desta sobre as entidades colectivas. Somos, contudo, tentados a suavizar a pertinência desta pena acessória nos tempos que correm, uma vez que já se tornou *habitual* que, ainda antes de o julgador se poder decidir pela aplicação desta pena ou poder fixar os termos da sua execução, já a comunicação

⁴⁶¹ - Vide MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 30, para quem o Juiz deverá ter ampla margem de liberdade na determinação desta sanção.

⁴⁶² - Cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 220.

social se imiscuiu no processo para obtenção de informação e se antecipou na divulgação dos termos do processo, de modo tal que se torna realmente impossível uma eventual delimitação dos efeitos propagadores de uma infracção cometida pela pessoa colectiva condenada⁴⁶³. Razões pelas quais se aconselha alguma prudência na hora de aplicar esta sanção, não negligenciando que muitas são as pessoas colectivas que prosperam com base na confiança e estima que a sociedade lhes dispensa⁴⁶⁴.

2. ANÁLISE CRÍTICA

Iniciamos esta nossa análise por trazer à evidência a ausência de regras específicas de escolha, determinação e execução das penas aplicáveis a entes colectivos que sejam adequados à sua natureza no código penal português, inexistindo de igual modo a previsão expressa, na parte especial do código, de critérios orientadores para escolha da sanção mais adequada aos crimes constantes do artigo 11.º, n.º2 do CP⁴⁶⁵. Consequentemente, outorga-se ao juiz uma considerável margem de liberdade decisória nesta matéria, sendo certo que o seu dever de fundamentação e exposição de motivos será tanto mais exigente

⁴⁶³ - A este respeito, veja-se as reflexões de GÜNTER HEINE acerca da influência que pode ter a simples ameaça de trazer matéria processual à comunicação social como mecanismo de pressão sobre a pessoa colectiva, para que colabore com a justiça e zele pela sua conformidade à lei: *"This leaves issues of whether criminal justice officials should submit to media pressures, and whether the divulgence of criminal justice information to the media in the cases of corporate crime should be regulated through legislation."* - HEINE, Günter - "Sanctions in the field of corporate criminal liability", 1999, p. 250.

⁴⁶⁴ - Assim, PRÉFONTAINE, Daniel C. - "Effective criminal sanctions against corporate entities: Canada", 1999, p. 282; JOSÉ DE FARIA COSTA, que afirma: *"o que a nossa lei propugna é - não tenhamos medo das palavras - um efeito legalmente controlado de estigmatização"*, alterando o *"estereótipo do delinquente."* - v. COSTA, José de Faria - *Direito Penal Económico*, 2003, p. 95. Enfim, KLAUS TIEDEMANN é um aceso defensor desta sanção por ser ela a conseguir "deitar abaixo" a fachada de legalidade e honorabilidade que protege a grande maioria dos delinquentes empresariais (e económicos) - referenciado por MARTÍNEZ, Rosario de Vicente - *"Persona Jurídica y consecuencias accesorias"*, 2002, p. 122.

⁴⁶⁵ - JORGE DOS REIS BRAVO realça que nenhuma regra existe quanto a eventual «hierarquização da preferência pela espécie de pena a aplicar», embora acrescente que tal não releva nos exactos termos em que surge para as sanções aplicáveis a sujeitos singulares por não existir pena de prisão para entes colectivos. Ainda assim, uma hierarquia poderia ser importante para a escolha da pena no caso das penas substitutivas da pena de multa - cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 215.

quanto menos explorados forem os critérios legais para a fixação da pena colectiva⁴⁶⁶. Assiste razão a JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ quando propõe o estabelecimento de prioridades no momento da escolha da pena, devendo optar-se por sanções que incidam em menor medida sobre os direitos dos sócios e dos trabalhadores⁴⁶⁷. Por outro lado e desde que proceda às necessárias adaptações, pode o julgador apoiar-se no disposto no artigo 71.º do CP (Determinação da medida da pena). À partida, este artigo manda atender à *culpa* do agente e às exigências de prevenção. Em conformidade com a posição *supra* exposta sobre a questão da *culpa penal colectiva*, haverá no fundo que formular um juízo de censurabilidade sobre a menor ou maior preparação (precaução) do ente colectivo para a contenção dos riscos e perigos associados à sua actividade, sobre o defeito ou falha na organização que levou ao cometimento do ilícito-típico (seja porque o não evitou, seja porque criou ou incrementou o risco de um sua verificação), bem como averiguar da existência de uma atitude criminal colectiva que levou à desconsideração de qualquer dever de organização do ente. Mais cuidadosa deverá ser a análise ao disposto no n.º 2 do artigo 71.º. Alíneas como a b) (intensidade do dolo ou da negligência) e c) (no que se refere aos «sentimentos manifestados com o cometimento do crime» ou com as motivações pessoais subjacentes) não são susceptíveis de averiguação. Efectivamente, não se pode falar de elementos *volitivo* e *intelectual* pressupostos pelo tipo de ilícito em relação a estes agentes porque necessariamente indissociáveis da qualidade de se ser humano. Em contrapartida, juízos sobre a «gravidade das consequências» do crime praticado ou sobre o «grau de violação dos deveres impostos ao agente» - alínea a), do n.º 2 do artigo 71.º - são plenamente atendíveis, tal como o constante da alínea d) relativo às «condições pessoais do agente» e à sua «situação económica», previsto, como se viu, no artigo 90.º-B, n.º 5 do CP para auxiliar na determinação do quantitativo diário de multa a fixar para a pessoa

⁴⁶⁶ - Julgando «insuficiente» o esforço da jurisprudência e da doutrina na densificação do conteúdo dos critérios de determinação da medida da pena especificamente quanto às pessoas colectivas - BRANDÃO, Nuno - “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2008, pp. 45 e 46, aduzindo que o défice de concretização do conteúdo destes critérios pode ser «atenuado através de uma correcta e criteriosa ponderação dos factores de medida da pena previstos no n.º 2 do artigo 71.º do Código Penal».

⁴⁶⁷ - O Autor dá o exemplo da medida de «intervención administrativa de la empresa» como uma das penas que menos danos colaterais provocam. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva - “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español”, 1995, p. 367.

colectiva. Este critério será capital para a determinação da pena a aplicar, pressupondo a avaliação da dimensão e da natureza⁴⁶⁸ da pessoa colectiva, o nível de complexidade da sua estrutura interna ou os meios humanos, materiais e técnicos que tem a seu dispor ou que dela dependem. Muito em voga está o disposto na alínea e), que manda atender à conduta - anterior ou posterior ao facto - da pessoa colectiva, em especial, quando se destine a reparar ou a compensar as consequências do crime. Deverá intervir aqui a valorização positiva ou negativa da posição adoptada pela pessoa colectiva a partir do momento em que haja detectado a comissão de um crime. Esta tanto poderá advir da sua colaboração com as autoridades para o esclarecimento do sucedido e para o apuramento de responsabilidades, como da detecção e denúncia do crime, sendo particularmente relevante os esforços envidados para a cessação da conduta ilícita ou minoração dos efeitos negativos que dela resultem. Claro está, os meios empregues para reparar o dano ou compensar eventuais vítimas deverá operar em sentido muito favorável quanto à escolha da pena ou sua medida. Por último, a alínea f) do artigo 71.º. Faça-se notar que esta alínea contém o derradeiro juízo de censurabilidade que será feito à pessoa colectiva e à falta de uma sua organização devida. É nesta alínea também que os programas de *compliance* assumirão um lugar de destaque, pois que, a existirem, eles denotam de imediato o esforço da pessoa colectiva no sentido da sua conformidade às exigências da lei. Este factor aliado, por exemplo, à existência de um departamento de *compliance* na estrutura organizativa da pessoa colectiva *tem* de abonar a seu favor, mas não sem as devidas cautelas. Haverá que cuidar da verdadeira existência e *dedicação* a estes programas por parte da pessoa colectiva, não devendo o julgador bastar-se com a alegação, em abstracto, da sua existência – caso contrário, rapidamente a pessoa colectiva faria surgir documentos a sustentar a existência de normas de conduta internas e de procedimentos de controlo que só existiriam... em papel⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ - Para MÁRIO SEIXAS MEIRELES, o *fim* prosseguido pela pessoa colectiva deverá interferir com a escolha e medida da sanção a aplicar uma vez que é ao saber se o seu escopo é predominantemente económico ou não que se poderá adequar a sanção ao seu fim e atingi-la, assim, num dos seus objectivos primordiais – cfr. MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 519.

⁴⁶⁹ - O papel a reconhecer aos programas de *compliance* varia consideravelmente de Autor para Autor, estando intimamente associada à posição que se adopte face ao problema da culpa

Estarão aqui contemplados todos os factores a considerar face à responsabilidade do agente ora em causa? Certamente que não. Cuidar-se-á, também, da avaliação da antiguidade da empresa e da sua experiência prática, da conotação junto da sociedade e da sua posição no mercado, tal como da influência que detém no meio em que exerce a sua actividade. Similarmente, a posição hierárquica/funcional do agente (pessoa singular) que cometeu o crime é de atender, tal como o histórico delitivo da pessoa colectiva, a eventual reincidência no crime ou os benefícios que obteve com a infracção.

No que concerne ao leque de sanções previsto no código penal português, temos a dizer que ele é satisfatório na sua variedade e nas suas potencialidades⁴⁷⁰. É imprescindível, a nosso ver, a consagração de um amplo catálogo de sanções que ofereça ao juiz diferentes alternativas e que permita a sua adaptabilidade ao caso, às necessidades preventivas e, acima de tudo, à «personalidade» da empresa infractora⁴⁷¹. É nesta heterogeneidade de sanções que encontramos a confirmação de dois postulados fulcrais que temos vindo a defender: primeiro, o da *diferente* natureza destas sanções. Elas não se

colectiva. A título meramente exemplificativo e numa perspectiva algo diferenciada, JOHN BRAITHWAITE prefere criar uma *culpabilidade da empresa* em função da reacção da pessoa colectiva à comissão do delito, atendo-se ao comportamento *post delictivo* do ente e à criação de uma culpa *reactiva*. Significaria isto a negação da culpa da empresa se ela reagisse adequadamente, não ocultando os delitos das autoridades competentes, envidando esforços na investigação das causas do delito, reparando *voluntariamente* as vítimas e implementando as medidas de organização necessárias a evitar futuros crimes (referido por MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 10). Diferentemente, FERNANDO TORRÃO defende que a existência destes programas poderia funcionar como uma *causa de exclusão da culpa*, pois que, a não ser assim, a administração de uma dada empresa acabaria por perder a motivação em zelar por este «management organizado» se vier a constatar que ele não é devidamente valorado em sede de condenação penal ou se sentir que a empresa pode muito facilmente voltar a ser condenada por crime semelhante (TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 445). Não deixa o Autor de ter razão quanto aos efeitos contra-motivacionais de uma total desconsideração por este tipo de programas. A única diferença que apontamos é a de que, ao invés de funcionar como factor excludente da culpa, ela intervirá preponderantemente em sede de determinação da medida da pena, seja como atenuante, seja até como factor de dispensa da mesma.

⁴⁷⁰ - Opinião que é partilhada por BRANDÃO, Nuno - “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, 2009, p. 54.

⁴⁷¹ - Termo utilizado por MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 17. No sentido do texto, vide DIÉZ, Carlos Gómez-Jara - “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, 2010, p. 475: “[...] lo cierto es que las peculiares necesidades de adaptación de las sanciones a la compleja naturaleza de las organizaciones empresariales hace que resulte aconsejable contar con un amplio elenco de medidas y sanciones regidas por principios distintos.”

reconduzem inteiramente ao conceito de pena, conceito que não se erige sob uma vertente meramente formalista, isto é, que não se basta com a previsão em diplomas penais, com a indiscutível judicialização na sua aplicação, com a tutela dada por garantias constitucionais específicas ou por ser *consequência* de um facto típico, ilícito e culposo. Quando o tema é a *pena*, assume posição privilegiada o princípio da culpabilidade, devendo os seus requisitos ser taxativos e a sua aplicação necessária, mais do que em qualquer outro ramo do direito. A pena atende, fundamentalmente, ao *facto* cometido e à *culpa* (penal...) do agente expressada no facto. Ora, a maioria das sanções previstas para as pessoas colectivas não se determinam (ou, pelo menos, não se deveriam determinar) em função da culpa do agente ou do facto cometido, numa perspectiva *ainda* virada para o pretérito e de certa forma compensatória dos efeitos criminosos. O segundo postulado que se vê confirmado é algo que resultou óbvio depois da análise aos artigos 90.º-A a 90.º-M e que respeita à vocação estritamente preventiva da quase totalidade das sanções previstas na lei. Nelas, se depositam expectativas de futuro na *conciliação* ou *concertação* da pessoa colectiva com os seus deveres de organização e fidelidade ao direito; numa regulação cuidada do perigo ou dos riscos da sua actividade e que se viu serem materializados em um delito. Ora, tais objectivos podem ser alcançados através de sanções que signifiquem uma intromissão no perímetro de actividade e da estrutura organizacional da pessoa colectiva, *i.e.* que ambicionem a verdadeira *correção*, *emenda* e *educação* do delinquente para que não volte a delinquir. Não é pois de surpreender a preferência por sanções como a da vigilância judiciária ou a de imposição de deveres, que importem a submissão da empresa à direcção de um organismo especializado ou a deveres de auditoria ou proibições de determinadas actividades⁴⁷².

É com este enquadramento que avançamos na defesa de que as medidas sancionatórias aplicáveis a pessoas colectivas apresentam uma *ratio* e finalidade que as torna mais próximas de medidas de segurança do que propriamente de

⁴⁷² - Com esta opinião, HEINE, Günter - *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, p. 13; ou TIEDEMANN, Klaus - "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", 1995, p. 24, que aprecia as vantagens trazidas por estas medidas ao evitarem, em parte, as dificuldades colocadas pela dogmática penal, pondo o acento tónico na sua natureza de «medidas estruturais» e «curativas», em lugar de uma «simples punição».

penas⁴⁷³. Aliás, a divisão das penas aplicáveis a pessoas colectivas em *principais* e *acessórias* parece querer *contornar* esta realidade, uma vez que é a maioria das penas acessórias - e até das penas substitutivas - que melhor resposta dão às necessidades político-criminais da responsabilização de pessoas colectivas, chamando a atenção para aquilo que verdadeiramente se censura e receia quanto à pessoa colectiva: a sua falta de organização ou falha na contenção de riscos – e que veio a gerar o delito – e a concreta *perigosidade* que lhes assiste. Recorrendo às palavras de MÁRIO SEIXAS MEIRELES⁴⁷⁴, as penas *acessórias* contrastam com esta designação uma vez observadas as suas consequências, sendo de uma «acessoriedade relativa», que é explicada, apenas, pela necessidade de serem aplicadas em cumulação com uma pena principal, e isto, porque o legislador assim o firmou. As penas acessórias - e para nós a pena substitutiva de vigilância judiciária – são as mais *adequadas* à criminalidade de empresa⁴⁷⁵, “(...) *desde logo, porque das consequências da sua aplicação podem resultar implicações directas para a actividade quotidiana da pessoa colectiva*” possibilitando um “*melhor controlo das finalidades preventivas efectivas (quer de prevenção especial, sobretudo esta, quer de prevenção geral)*”⁴⁷⁶, além de que, sanções desta espécie não são susceptíveis de uma análise económica custo/benefício por parte de entes colectivos e obedecem ao grande fundamento da responsabilização penal de entes colectivos: prover à sua auto-organização e auto-regulação. Como destaca ADÁN NIETO MARTÍN, elas devem ser

⁴⁷³ - Exactamente neste sentido, vendo nas sanções aplicáveis às pessoas colectivas um sistema mais similar ao das medidas de segurança do que ao da pena, MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 17. Para uma crítica às penas acessórias, embora dirigida a pessoas singulares, DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 177 a 182, realçando a «total indiferença» pela função do júízo de culpa e determinando que as penas acessórias “(...) *sempre que justificáveis apenas à luz de uma prevenção especial de neutralização ou de inocuidade, devem na verdade ser eliminadas como penas e transformadas em verdadeiras medidas de segurança (...)*”, havendo outras que poderiam revestir a natureza de «providências de conteúdo preventivo», ligadas a uma condenação e, por isso, integrantes do direito penal.

⁴⁷⁴ - MEIRELES, Mário Seixas – *Pessoas Colectivas e sanções criminais: júzdos de adequação, (Contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas colectivas)*, 2006, p. 57, dando conta de que no CT aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, todas as sanções previstas para responsabilizar criminalmente entes colectivos eram principais, o que confere naturalmente ao julgador uma maior «maneabilidade» e «flexibilidade».

⁴⁷⁵ - Motivo pelo qual devem poder ser aplicadas cumulativamente. Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 306.

⁴⁷⁶ - MEIRELES, Mário Seixas – “Sanções de (e para as) pessoas colectivas”, 2000, p. 529.

proporcionais ao «defeito da organização»⁴⁷⁷, valendo a seu respeito juízos atinentes ao agente, às suas características e à “condução da sua personalidade”. Daí que, com ressalva do que já se afirmou, se faça o seguinte remate quanto às penas aplicáveis a pessoas coletivas: (i) a pena de multa é a pena principal por natureza, não restando ao juiz grande alternativa sabido que a *pena* principal de dissolução só pode operar em casos muito específicos; (ii) relativamente às sanções de publicidade da decisão condenatória, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos e proibição de celebrar contratos é viável falar-se em *penas*, por denotarem um cariz repressivo/punitivo e por tomarem em conta para a sua determinação factores como a *censura* sobre o agente e o concreto delito cometido; (iii) a pena de caução de boa conduta é subvalorizada, devendo prever-se a sua aplicação para os casos em que a pessoa colectiva incumprisse com outras sanções acessórias impostas; (iv) urge retirar a pena de vigilância judiciária do elenco de penas substitutivas da pena de multa, por desta forma se denegar o seu autêntico potencial; (v) enfim, a aplicação, sem mais, das penas acessórias de interdição do exercício de actividade e encerramento de estabelecimento, para lá dos graves efeitos que podem acarretar, são absolutamente infrutíferas em termos de prevenção especial positiva, sendo para alguns o “equivalente” à pena privativa de liberdade prevista para pessoas singulares. Ainda assim, temos sérias dúvidas quanto à sua qualificação como pena e não como medida de segurança, especialmente se cuidarmos dos termos em que pode ocorrer a sua reabilitação pelo tribunal e que decorre muito mais de uma ideia de *perigosidade* e risco de continuação da actividade delitiva como factores predominantes.

Apesar de variado no seu elenco, o código penal português não esgota as sanções que podem ser cominadas a pessoas colectivas. Assim, ele não prevê, por exemplo, a sanção de proibição de realizar acções de *marketing* ou de teor publicitário, sanção que pode ter um importante efeito intimidatório junto de determinadas empresas⁴⁷⁸. Por outro lado, são sugeridas sanções como a criação de órgãos de controlo ou fiscalização adequados sobre as actividades da pessoa

⁴⁷⁷ - MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 17.

⁴⁷⁸ - Em defesa desta medida sancionatória, MARTÍNEZ, Rosario de Vicente - “Persona Jurídica y consecuencias accesorias”, 2002, p. 123.

colectiva ou a sanção de destituição de administradores e/ou a designação de novos dirigentes para a pessoa colectiva⁴⁷⁹. Como se pode antever, a execução deste género de medidas não se revelaria simples, havendo que definir o papel a atribuir aos sócios ou accionistas na designação de novos membros ou criação de novos órgãos e, acima de tudo, a forma como seriam designados: seria aberto concurso público, por exemplo? Ou o tribunal nomearia determinados sujeitos e delegava a escolha final para a pessoa colectiva? E que sujeitos seriam estes?

Por outro lado, há quem reclame a ascensão de medidas de justiça restaurativa a sanções autónomas no âmbito da criminalidade de empresa, designadamente, da sanção de trabalho em benefício da comunidade. Cabe indagar: não será algo *descabido* propugnar pela consagração de uma medida para pessoas colectivas que partilhe da essência da prestação de trabalho a favor da comunidade, tal como previsto para agentes individuais? A sanção de trabalho comunitário afecta, em primeira linha, a liberdade individual e a livre disposição do tempo de cada um, bens cada vez mais valorizados na sociedade actual e que comporta vantagens incontestáveis, quer para o sujeito, quer para a comunidade⁴⁸⁰. Ora, a não ser que se considere praticável ordenar à pessoa colectiva que afecte parte dos seus recursos humanos à realização do trabalho determinado pelo tribunal – o que pode levantar óbices até em matéria de direito laboral –, esta sanção dificilmente se compagina com a natureza jurídica da pessoa colectiva, além de que o seu cumprimento recairia inteiramente sobre terceiros. Assunto diferente era condenar a pessoa colectiva a prestar serviços de utilidade pública, como por exemplo, doações e investimentos em causas de interesse público, *preferencialmente* dirigidas à reparação dos danos provocados com o crime ou algo com ele conexo, buscando incessantemente um efeito social

⁴⁷⁹ - Vide RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, 1999, p. 252, ao elucidar que, em países como Inglaterra, França ou Holanda, se reclamam sanções mais severas como a modificação dos estatutos da pessoa colectiva, o estabelecimento de um plano de reestruturação da empresa ou, ainda, a exclusão «jussu judicis» de algum membro ou dirigente que tenha *inspirado* a actividade ilícita.

⁴⁸⁰ - A sair em defesa desta medida, PEDRO VAZ PATTO, por ver nela um exemplo expressivo da importância em se atribuir contornos sociais positivos às penas. Cfr. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz – “Reflexões sobre os fins das penas”, 2008, p. 391: “Nesta, será nítido que ao mal do crime se responde com um bem, com uma actividade socialmente meritória. Mas a dimensão retributiva não está ausente dessas penas. A prestação de trabalho a favor da comunidade não deixa de ter um alcance sancionatório efectivo (não se confunde com uma medida educativa ou de apoio social).”

útil que compensasse a comunidade afectada⁴⁸¹. FERNANDO TORRÃO, após criticar a completa omissão deste género de sanções para as pessoas colectivas, realça que esta é uma via que deve ser examinada, quiçá, elevada a pena principal, a par da pena de multa, enfatizando que não se trata de realizar ‘em mão própria’ os trabalhos mas, simplesmente, de financiá-los, destinando-se “(...) *os proventos económicos decorrentes da sanção precisamente a favor do valor violado* (...)”⁴⁸²

Aluda-se, por último, a uma modalidade alternativa de multa, designada por *equity fine* e commumente aplaudida por salvaguardar os trabalhadores e os credores da pessoa colectiva, dando origem a uma nova espécie de acções de capital. A *equity fine* funcionaria para sociedades quotizadas e com o capital distribuído e titulado em acções, pelo que se imporia à pessoa colectiva que transferisse para o Estado acções, resultado de *novas* emissões de capital e cujo valor total corresponderia à multa a pagar. ADÁN NIETO MARTÍN adiciona-lhes a seguinte especificidade: estas acções deveriam ser criadas por redução proporcional do valor das antigas acções, destinando-se os benefícios obtidos com a sua titularidade pelo Estado à reparação dos danos provocados pelo

⁴⁸¹ - Achamos particularmente interessantes alguns artigos de opinião pública constantes dos conhecidos jornais “The Guardian” e “Huffingtonpost” acerca do escândalo que rebentou em 2015 na empresa Volkswagen, relacionado com a emissão de gases poluentes acima do permitido por lei, de forma dissimulada e com a conivência dos chefes máximos da empresa, que reconheceram a má conduta empresarial/política da empresa existente desde 2005 e que se prendia a decisões/ordens de deturpação dos resultados dos testes pelos engenheiros. O que se pretende destacar aqui são as formas de reacção esperadas pela opinião pública. Assim, conscientes de que a reparação se afigurava desproporcional, impraticável e de graves consequências para o ambiente – imagine-se o que seria recolher *todos* os veículos automóveis que padeciam do vício ora detectado – apresentou-se como uma *boa sanção* a ordem, por parte do tribunal, de produção de veículos eléctricos, durante um prazo determinado, por se entender que o valor de uma eventual multa seria melhor empregue num investimento do género; ou chegar a um acordo que incluísse investimentos em investigações ou para desenvolvimento de pesquisas quanto a novas tecnologias em matéria de baterias, fazendo com que os custos económicos tivessem algum retorno a nível ambiental. Consulte-se os artigos em causa, disponíveis online em: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/02/punish-volkswagen-emissions-scandal-make-it-build-electric-cars> (consultado pela última vez a 17 de Julho de 2016) e http://www.huffingtonpost.com/entry/elon-musk-volkswagen-emissions-scandal_us_5674686de4b014efe0d56bba (consultado pela última vez a 17 de Julho de 2016).

⁴⁸² - Cfr. TORRÃO, Fernando – *Societas Delinquere Potest? – Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, 2010, pp. 449 a 452. O Autor tece elogios ao legislador brasileiro que, por via do artigo 23.º da Lei n.º 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais – consagrou o instituto da «prestação de serviços à comunidade» como uma pena autónoma, susceptível de ser aplicada às pessoas colectivas. Do elenco destas medidas constam algumas como a «execução de obras de recuperação de áreas degradadas», a «manutenção de espaços públicos» ou a «contribuição a entidades ambientais ou culturais públicas».

delito⁴⁸³. Como é fácil de ver, esta modalidade de multa recai, quase que exclusivamente, sobre os accionistas, o que não deixa de representar um grande senão.

Como toda a pena ou medida de segurança que se preze, o monopólio da sua aplicação pertence aos tribunais. No entanto, BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ⁴⁸⁴ apresenta dúvidas quanto à preparação dos órgãos judiciais para uma correcta e segura aplicação da maioria das sanções penais estipuladas na lei. Diz o Autor que faz falta um direito de execução destas sanções e que é dever da Administração preparar profissionais para assumirem a execução ou a intervenção de cariz controlador na empresa⁴⁸⁵. MÁRIO SEIXAS MEIRELES atenua esta realidade ao defender que o juiz deverá ser auxiliado por *especialistas* no momento da escolha da pena e no momento da sua aplicação, que deverão fazer avaliações quanto à eficácia das penas em que a pessoa colectiva será condenada, numa espécie de acessoria técnica prevista no artigo 207.º, n.º 3 da CRP⁴⁸⁶.

Ainda, não obstante os fundados receios no que concerne aos efeitos colaterais das penas aplicáveis às pessoas colectivas, partilhamos do pensamento perfilhado por MANUEL LOPES DA ROCHA de que os meios judiciais não são insensíveis quanto a esta matéria, transmitindo até a impressão de que pode dar-se uma espécie de «chantagem ao emprego» naqueles casos em que o arguido alegue a ruína da empresa, o aumento do desemprego e outros factores nocivos que possam resultar da condenação da pessoa colectiva⁴⁸⁷. E isto, apesar de o código penal português não consagrar a faculdade de suspensão da execução da pena de multa. Esta suspensão justificar-se-ia para infracções de pequena e média criminalidade cometidas por pessoas colectivas em relação às quais a mera ameaça da pena de multa realizaria de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, arguindo-se ainda que, a par desta suspensão, poderiam ser impostas

⁴⁸³ - MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 27.

⁴⁸⁴ - SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo - "Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas", 1999, p. 41.

⁴⁸⁵ - Com esta opinião também TIEDEMANN, Klaus - "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado", 1997, p. 30, que faz denotar as dificuldades práticas que existem para se encontrar pessoas aptas a vigiar as grandes empresas.

⁴⁸⁶ - MEIRELES, Mário Seixas - "Sanções de (e para as) pessoas colectivas", 2000, p. 534.

⁴⁸⁷ - ROCHA, Manuel António Lopes da - "A responsabilidade penal das pessoas colectivas - novas perspectivas", 1998, p. 440.

determinadas condições⁴⁸⁸. Desta forma, poderia responsabilizar-se a pessoa colectiva em uma condenação pesada, mas que apenas seria executada *caso* a pessoa colectiva falhasse no cumprimento de medidas restaurativas ou «compliance orders»⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ - ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, 2006, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>, para quem esta possibilidade de suspensão revestiria grande importância prática naqueles casos de pessoas colectivas de elevada exposição social cuja condenação manchasse seriamente a sua reputação, incentivando-as ao cumprimento das condições impostas.

⁴⁸⁹ - Assim, PRÉFONTAINE, Daniel C. – “Effective criminal sanctions against corporate entities: Canada”, 1999, p. 283.

CAPÍTULO IX – (UM POUCO DE) DIREITO COMPARADO

6. As *peines criminelles* do ordenamento jurídico francês

Foi com o *Code Pénal* de 1994 que se deu a consagração da responsabilidade penal das *personnes morales* pelo artigo 121.^o (com excepção do Estado), devendo o delito ser cometido por *órgãos* ou *representantes* da pessoa colectiva «et pour son compte» (de acordo com o artigo 121.^o-2), havendo adoptado o modelo clássico do direito civil. A maioria da doutrina e jurisprudência francesas reconhece a vigência de uma *responsabilité par ricochet*, ou seja, de uma responsabilidade penal de pessoas colectivas dependente da prática de uma infracção criminal por sujeitos determinados, a que se seguia a transmissão da culpa e do facto individuais para a pessoa colectiva - afinal, esta não ostenta qualquer elemento psicológico ou moral - numa lógica integrada na *identification doctrine*⁴⁹⁰. No ordenamento penal francês também se admite a cumulação da responsabilidade penal de agentes individuais e da pessoa colectiva, por via do artigo 121.^o-2, 3.^a alínea⁴⁹¹, sem prejuízo do disposto na alínea 4.^a do artigo 121.^o-3 que determina que, no caso de se tratar de delitos omissivos ou negligentes em

⁴⁹⁰ - PRADEL, Jean - “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês. Ensaio de resposta a algumas questões chave”, 1998, pp. 53 a 57. JEAN PRADEL não admite que se parta da teoria da identificação e se aceite, em simultâneo, a não determinação do agente singular. Daí que para resolver os problemas gerados pela responsabilidade indirecta, o Autor haja proposto a criação de um sistema de presunções simples de responsabilidade em cascata, que teria início no director (topo da organização) permitindo-se que se eximisse de responsabilidade fazendo prova de que, por exemplo, havia delegado competências, tendo como efeitos desejáveis a assunção de um papel mais cuidadoso e diligente por parte de cada um dos intervenientes da pessoa colectiva. Ainda, e caso não se conseguisse identificar a concreta pessoa singular que agiu, deveria condenar-se a pessoa colectiva em uma medida de segurança - PRADEL, Jean - “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês. Ensaio de resposta a algumas questões chave”, 1998, p. 58.

⁴⁹¹ - Mostrando alguma preocupação com a responsabilidade cumulativa por poder provocar sérios conflitos de interesse ao longo do processo penal respeitante - DUCOULOUX-FAVARD, Claude - “Quatre années de sanction pénales à l'encontre des personnes morales”, 1998, p. 397. Neste artigo, o Autor francês faz um apanhado dos quatro anos de jurisprudência francesa pós-consagração da responsabilidade penal de entes colectivos expondo, entre outras, as conclusões de que a maioria das condenações a que se havia chegado incindiram sobre pessoas colectivas de direito privado, com fins lucrativos e de pequena dimensão, revelando outrossim que a responsabilização de entes colectivos conduziu a um “*véritable allégement de répression à l'encontre des personnes physiques*”. *Idem*, pp. 395-396.

que o dano não seja directamente provocado pela pessoa física (titular de órgão ou representante), só poderá falar-se de uma responsabilização cumulativa se a falta imputável ao agente físico – e devidamente estabelecida – for de uma «particulière gravité»⁴⁹².

O código penal francês é reconhecido internacionalmente por haver admitido o princípio da responsabilidade penal de pessoas colectivas em termos *amplos* no que concerne às áreas de ilícitos criminais susceptíveis de serem imputados a entes colectivos, a que se adiciona a extensão e a variedade do elenco de sanções penais inicialmente previstas e que foi elogiado um pouco por toda a parte⁴⁹³. Actualmente, o julgador dispõe da pena de multa, enquanto pena principal, com a especificidade de a taxa máxima de multa aplicável a pessoas colectivas ser igual ao *quíntuplo* da taxa prevista para pessoas físicas ou, caso esta não venha estipulada na lei, poder ascender aos €1.000.000 (artigos 131.º-37, 1º e 131.º-38). Por outro lado e quando especialmente cominadas na lei, pode o julgador condenar a pessoa colectiva, isolada ou cumulativamente, nas penas de: (i) dissolução – quando a pessoa colectiva foi criada para a comissão de delitos ou quando é desviada das suas finalidades para a comissão de crimes em relação aos quais a lei sancione as pessoas físicas com pena de prisão igual ou superior a três anos (artigo 131.º-39, 1º), estipulando que a decisão que condene em pena de dissolução compreende o reenvio da mesma para o tribunal competente para proceder à liquidação da pessoa colectiva (artigo 131.º-45); (ii) na pena de interdição, a título definitivo ou com a duração de cinco anos ou mais, de exercício directo ou indirecto de uma ou mais actividades *professionais* ou *sociais*

⁴⁹² - JEAN PRADEL *apud* BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, p. 238, que informa acerca da existência de uma *Circular de aplicação do Código Penal de 14 de Maio de 1993* que veio permitir a responsabilização penal da *personne moral* mesmo que não se estabeleça a *responsabilidade* da pessoa física (bastando, por exemplo, a imputação do facto a órgão de formação plural) – *Idem*, p. 239.

⁴⁹³ - Neste sentido, SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, 2009, p. 160, que enaltece o pragmatismo com que o legislador penal francês lidou com esta matéria, não se perdendo em *burlas de etiquetas* e consagrando um instrumentário de sanções “*extraordinariamente diversificado, que representa la más amplia realización hasta ahora practicada de las extensas recomendaciones de sanciones del Consejo de Europa de 20 de octubre de 1988 (...)*”. De igual modo, HEINE, Günter – “Sanctions in the field of corporate criminal liability”, 1999, p. 253: “*France and other countries have, in my view, taken the right path by establishing a general provision offering a spectrum of sanctions from which an appropriate one is selected depending on the particular case in relation to the specific area of criminal law.*”

(artigo 131.º-39, 2º), contando que a interdição tanto pode afectar o exercício de actividade profissional ou social no âmbito da qual (isto é, por sua ocasião) haja sido cometida a infracção, como *outra* actividade profissional ou social fixada pela lei que sanciona a infracção (artigo 131.º-28 *ex vi* 131.º-48); (iii) a colocação sob monitorização judicial por um prazo de cinco anos ou mais (artigo 131.º-39, 3º), mediante a designação de um mandatário judicial na jurisdição do local onde a pena será executada, não podendo a monitorização judicial extravasar a concreta actividade da pessoa colectiva onde o crime foi cometido. De seis em seis meses, pelo menos, deverá o mandatário judicial submeter um relatório ao juiz de execução da pena informando do estado de cumprimento da pena e da evolução da pessoa colectiva, podendo haver decisão quanto a *nova* pena sobre a pessoa colectiva, cessando a execução da pena de monitorização judicial (artigo 131.º-46); (iv) o encerramento definitivo ou por um período de cinco anos ou mais de estabelecimentos que hajam servido para a comissão do ilícito-típico (artigo 131.º-39, 4º) e que envolve a consequência prevista no artigo 131.º-33 de interdição do exercício de actividade sob ocasião da qual o crime foi cometido⁴⁹⁴; (v) a exclusão, a título definitivo ou por um período de cinco anos ou mais, de participação em mercados públicos (artigo 131.º-39, 5º), que compreende a interdição de participar directa ou indirectamente em contratos celebrados com o Estado, entidades colectivas territoriais bem como todas as pessoas colectivas por elas controladas ou resultantes da concessão de poderes públicos (artigo 131.º-34 *ex vi* 131.º-48); (vi) a interdição, a título definitivo ou por um período de cinco anos ou mais, de proceder a ofertas públicas de títulos financeiros ou de negociar títulos financeiros em mercado regulamentado (artigo 131.º-39, 6º), pena que importa – nos termos do artigo 131.º-47 – a proibição de recorrer a quaisquer títulos de investimento, a estabelecimentos de crédito, estabelecimentos financeiros ou sociedades correctoras; (vii) a proibição, com a duração de cinco ou mais anos, de emissão de cheques ou outros títulos que permitam a utilização de fundos pelo sacador e de cartões de crédito (artigo 131.º-39, 7º) a par da injunção conexa de restituição destes mesmos títulos à instituição de crédito (artigo 131.º-19 *ex vi* artigo 131.º-48); (viii) a pena de

⁴⁹⁴ - Aqui claramente em causa uma pessoa colectiva que detém mais do que um estabelecimento onde exerce as suas actividades.

confisco (artigo 131.º-39, 8º), enquanto pena complementar e aplicável nos casos e termos previstos no artigo 131.º-21, cominável de pleno direito a crimes puníveis com pena de prisão de duração superior a um ano; (ix) a afixação da decisão condenatória ou a sua difusão pela imprensa (incluindo meios de comunicação electrónica) – artigo 131.º-39, 9º - a expensas da condenada, embora com a limitação de os custos que sobre ela recairão não poderem exceder o valor máximo da pena de multa aplicável ao caso. O conteúdo a afixar ou a difundir pode corresponder a parte da decisão ou à sua totalidade, bem como se pode bastar com a forma de uma nota informativa ao público dos motivos da decisão, do crime cometido e da pena cominada (parte dispositiva da sentença). A identidade da vítima não pode ser anunciada sem o seu acordo prévio e os meios de comunicação social escolhidos para o efeito não podem recusar a ordem de publicação feita pelo tribunal. É admissível a publicação no *Journal officiel de la République française*. A afixação e a difusão podem ser aplicadas cumulativamente (*vide* artigo 131.º-35 *ex vi* artigo 131.º-48). Lugar ainda para as penas de (x) confisco de animal utilizado para a comissão de uma infracção (artigo 131.º-39, 10º), (xi) de interdição, a título definitivo ou por um prazo de cinco anos ou mais, de detenção de animais (artigo 131.º-39, 11º) e, por último, (xii) a interdição, por um período de cinco anos ou mais, de receber quaisquer ajudas públicas atribuídas pelo Estado, pessoas colectivas territoriais e demais entidades públicas colectivas (artigo 131.º-39, 12º).

Exposição feita, reconhece-se a completude e heterogeneidade do elenco de sanções previstas no código penal francês, de onde se extrai não só uma melhor explicitação do conteúdo e processamento destas penas, como principalmente, uma maior severidade das mesmas, patente desde logo na inexistência de prazos máximos de duração da maioria das medidas previstas (o que se enquadra, na perfeição, na natureza próxima da de medida de segurança destas *penas* que claramente acompanham a evolução manifestada pela pessoa colectiva), na consagração de um prazo mínimo elevado de duração destas penas (cinco anos) e na taxa de multa aplicável a entes colectivos que é de cinco vezes mais em comparação à das pessoas singulares.

7. As *consecuencias accesorias* do ordenamento jurídico espanhol

Com a reforma de 1995 encetada pela *Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de Novembro, passou a constar do código penal espanhol o artigo 129.º e, com ele, a novidade das *consecuencias accesorias*⁴⁹⁵. Ora, a natureza dúbia destas medidas, a par da sua consagração no Título VI, distinto dos destinados a “penas”, “medidas de seguridad” e “responsabilidad civil”, fez despoletar uma accessa querela entre penalistas, afigurando-se de grande pertinência a sua análise para o presente trabalho⁴⁹⁶. Assim, o artigo 129.º, n.º 1 dispunha que o tribunal poderia aplicar motivadamente algumas das medidas nele previstas, sem prejuízo do conteúdo do artigo 31.º (que previa a responsabilidade solidária da pessoa colectiva por multas em que certos agentes individuais fossem condenados), com a particularidade ainda de o n.º 3 do 129.º consagrar as finalidades das *consecuencias accesorias* como sendo as de prevenir a continuidade da actividade criminosa e os efeitos da mesma. Ponto de assaz importância é o de que a aplicação destas medidas estava na dependência do prévio estabelecimento de uma responsabilidade penal individual, sendo *absolutamente* acessórias desta e independentes de qualquer exigência de conexão entre o delito cometido pela pessoa física e a pessoa colectiva. Note-se que outras medidas aplicáveis a pessoas colectivas vinham previstas em

⁴⁹⁵ - Antes da entrada em vigor desta reforma não eram desconhecidas do ordenamento jurídico-penal espanhol algumas consequências para as pessoas colectivas, previstas na parte especial do código para determinados crimes que as justificassem, como os delitos ambientais e fiscais – assim, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 106 (nota de rodapé 148). No código penal de 1995 as *consecuencias accesorias* previstas eram as de encerramento da empresa, das suas lojas e estabelecimentos com carácter temporal (que não podia exceder os 5 anos) ou definitivo; a dissolução da sociedade, associação ou fundação; a suspensão das actividades da sociedade, empresa, fundação ou associação por um prazo que não poderia exceder os 5 anos; a proibição de realizar no futuro certas actividades, operações mercantis ou negócios do género daqueles em cujo exercício se cometeu, favoreceu ou encobriu o delito, que poderia ser temporal (não ultrapassando os 5 anos) ou definitiva; a intervenção na empresa para salvaguardar os direitos dos trabalhadores ou dos credores pelo tempo que se afigurasse necessário (com o limite temporal de 5 anos).

⁴⁹⁶ - Controvérsia de tal forma ampla que levou a tomadas de posição díspares em que “[...] praticamente cada Autor adoptou a sua perspectiva, dificilmente se podendo arrumá-la, pelo menos à primeira vista, em duas ou três correntes dominantes que traduzissem as grandes orientações de fundo.” – v. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 109.

preceitos da parte especial do código, como a publicação da sentença à custa do condenado e a sua dissolução⁴⁹⁷.

Em termos genéricos, as opiniões dividiam-se entre aqueles que reconheciam às *consecuencias accesorias* a natureza de verdadeiras reacções penais aplicáveis às pessoas colectivas, repartindo-as, contudo, na sua consideração como (i) penas, como (ii) medidas de segurança ou, ainda, como (iii) uma terceira via de reacção penal; e entre aqueles que as não caracterizavam como reacções penais, atribuindo-lhes um cariz preventivo ou meramente complementar da condenação de uma pessoa singular.

Como exemplo da primeira linha de pensamento, SILVINA BACIGALUPO avançava na defesa da natureza de penas destas *consecuencias accesorias* pois que só desta forma se respeitariam os princípios constitucionais atinentes aos poderes públicos sancionatórios e ao princípio do Estado de Direito⁴⁹⁸. A Autora exigia uma culpa própria das pessoas colectivas, embora reconhecesse a dependência face à condenação de um sujeito singular para se legitimar a aplicação destas penas a entes colectivos, requerendo a audição prévia dos titulares da pessoa colectiva e não de qualquer representante desta⁴⁹⁹. Com posição e fundamentos idênticos, JOSÉ ZUGALDÍA ESPINAR baseava-se principalmente em argumentos de teor formal em ordem a afastar a qualificação das *consecuencias accesorias* em sanções administrativas, arguindo com a sua aplicação por um juiz penal, com a estipulação em pleno código penal e como consequência de infracção criminal, bem como a sua conformidade às finalidades das penas⁵⁰⁰, entendendo que tudo aquilo que supõe um ataque grave às regras mínimas da convivência social deve ser sancionado pelo Direito Penal⁵⁰¹. Para ambos os Autores não poderiam estar em causa medidas de segurança porque

⁴⁹⁷ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 146.

⁴⁹⁸ - BACIGALUPO, Silvina - “‘Accesory Consequences’ applicable to legal entities under the Spanish Criminal Code of 1995”, 1999, p. 258.

⁴⁹⁹ - *Idem*, pp. 259 a 262.

⁵⁰⁰ - ESPINAR, José Miguel Zugaldía - “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, 1997, pp. 331 e 332. Para ZUGALDÍA ESPINAR só se poderia impor uma *consecuencia accesorio* a um ente colectivo se este houvesse omitido a adopção de medidas de prevenção aptas a garantir o desenvolvimento legal da sua actividade. *Idem*, p. 341.

⁵⁰¹ - ESPINAR, José Miguel Zugaldía - “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español. (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, 2001, p. 888.

tal obrigaria a redefinir o conceito de perigosidade que assenta em considerações *biopsicológicas*⁵⁰². No entanto, JOSÉ ZUGALDÍA ESPINAR reconhece que para aqueles casos em que é realmente difícil a determinação das pessoas físicas responsáveis pelas infracções “...debería añadirse (...) el reconocimiento de que existe una peligrosidad propia de la persona jurídica que puede subsistir incluso después de inocuizar a sus órganos o representantes.”⁵⁰³

Com uma opinião muito singular, SANTIAGO MIR PUIG⁵⁰⁴ considerava as *consecuencias accesorias* semelhantes à medida de confisco, uma vez que aquilo que se visa é privar o delinquente dos meios através dos quais cometeu o delito, finalidade presente nas medidas previstas pelo artigo 129.º do código penal, que se destinavam a “*privar del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o la empresa*”, ou seja, “*controlar su uso*”, o que é reforçado pelo facto de não pressuporem a prática de um delito pela pessoa colectiva⁵⁰⁵, nem sequer exigirem da pessoa singular a actuação por conta e no interesse daquela, sendo a sua cominação totalmente acessória. Para o Autor, elas só não seriam medidas de segurança porque as pessoas colectivas são meros *objectos* e não sujeitos do crime, apesar de não se tratar de medidas de natureza punitiva, mas somente preventiva, fundadas na *perigosidade* de um instrumento⁵⁰⁶. Para este Autor, nunca poderia estar em causa a consagração da responsabilidade penal de pessoas colectivas, porque a estas faltariam as exigências dogmáticas derivadas do princípio da culpa pessoal, bem como “*el reproche ético-social de la pena*”⁵⁰⁷. Por estas razões, SANTIAGO MIR PUIG aponta a solução para fora do âmbito estrito das penas e das medidas de segurança, numa espécie de “terceira via” em matéria de responsabilidade penal, puramente preventiva e assente em uma

⁵⁰² - ESPINAR, José Miguel Zugaldía – “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, 1997, p. 333 e BACIGALUPO, Silvina – “‘Accessory Consequences’ applicable to legal entities under the Spanish Criminal Code of 1995”, 1999, p. 259.

⁵⁰³ - ESPINAR, José Miguel Zugaldía – “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español. (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, 2001, p. 891.

⁵⁰⁴ - PUIG, Santiago Mir – “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2002, p. 3.

⁵⁰⁵ - PUIG, Santiago Mir – “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2004, p. 01:4.

⁵⁰⁶ - PUIG, Santiago Mir – “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2002, p. 4.

⁵⁰⁷ - *Idem*, p. 7.

perigosidade objectiva da pessoa jurídica - embora se aproxime de medidas de segurança⁵⁰⁸.

JESÚS MARTÍNEZ RUIZ⁵⁰⁹ seguindo MUÑOZ CONDE propugnava a sua natureza de medidas administrativas, relembrando que elas não pressuponham qualquer proporção face à gravidade do delito e à culpa do autor, resultando em uma privação de instrumento perigoso contra as pessoas físicas. *Sui generis* é a linha de orientação formulada por LUIS GRACÍA MARTÍN. As *consecuencias accesorias* não poderiam ser sanções de direito penal, nem sequer sanções de direito administrativo sancionatório porque as pessoas colectivas são *incapazes de acção* quer num ramo, quer no outro, propondo antes a qualificação como medidas “preventivo-reafirmativas”⁵¹⁰. Estas teriam como pressuposto a perigosidade objectiva da pessoa colectiva ou a sua instrumentalização e não a comissão de uma infracção, sendo fundamento das mesmas o perigo de realização de delitos e a necessidade de protecção de bens jurídicos. O facto ilícito funcionaria como sintoma do perigo que envolve o ente colectivo⁵¹¹.

Uma leitura ao artigo 129.º permitia concluir que a aplicação destas *consecuencias accesorias* estava totalmente dependente da condenação de uma pessoa singular, não resolvendo os verdadeiros problemas criados pela criminalidade colectiva⁵¹², a que acrescia a sua natureza *facultativa*, ou seja,

⁵⁰⁸ - Pode lêr-se: “*Si el Derecho penal actual admite no sólo la pena basada en la culpabilidad, sino también medidas de seguridad para personas peligrosas que no pueden ser culpadas, con el sólo límite del principio de proporcionalidad, es coherente la admisión de una modalidad especial de medidas preventivas para personas jurídicas y empresas objetivamente peligrosas que tampoco pueden ser culpadas.*” – v. PUIG, Santiago Mir – “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2002, pp. 15 e 18.

⁵⁰⁹ - RUIZ, Jesús Martínez – “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP”, 1999, parágrafos 11 a 13.

⁵¹⁰ - Referenciado por ESPINAR, José Miguel Zugaldía – “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas. (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, 1997, pp. 328 e 329.

⁵¹¹ - Apud, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 525.

⁵¹² - Conclusão óbvia de WONG, Rosario - *Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: sanción penal o medida administrativa?*, p. 20, que leva a que a Autora se encaminhe para a defesa de um modelo paralelo de imputação para pessoas colectivas onde não seja viável a imputação a pessoas singulares. *Idem*, p. 2.

poderia o Juiz aplicá-las ou não, conforme o seu melhor entendimento, o que se afasta das exigências de política criminal que se demandam⁵¹³.

Exposta uma ínfima parte da divergência doutrinária que assomou os penalistas em virtude do disposto no artigo 129.º do CP de 1995, foi com a *Ley Orgánica* 5/2010 que se deu o virar da página no ordenamento penal espanhol com o acolhimento expresso da responsabilidade criminal de entes colectivos. O artigo 31.º bis, n.º1 estipula que as pessoas *jurídicas* (leia-se: com personalidade jurídica) serão responsáveis penalmente pelos delitos cometidos em seu nome *ou* por sua conta e em seu proveito, por representantes legais e administradores de facto ou de direito, e ainda, por delitos cometidos por subordinados das pessoas singulares referidas, por não haver sido exercido sobre eles o controlo devido, contando que o delito se enquadre nas actividades da pessoa colectiva, realizado por sua conta e em seu proveito. O n.º2 do artigo 31.º bis contém duas particularidades *expresas*, inexistentes no código penal português, e que se prendem com a desnecessidade de individualização da pessoa física ou da abertura de procedimento contra ela e com a circunstância de, a haver cumulação de responsabilidades e imposição a ambas de pena de multa, deverão os tribunais moldar as respectivas quantias «de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos». A previsão de específicas circunstâncias atenuantes aplicáveis a pessoas colectivas representa um passo em frente por comparação com o direito penal português. Assim, poderão considerar-se circunstâncias atenuantes da responsabilidade de pessoas colectivas um elenco taxativo de actividades realizadas pelos seus representantes legais *após* a comissão do delito (artigo 31.º bis, n.º4). São elas (a) a confissão da infracção em momento anterior ao do conhecimento do processo judicial que contra ela se dirige; (b) a colaboração com a investigação do delito, fornecendo provas em qualquer momento do processo que sejam novas ou decisivas para apurar das responsabilidades em causa; (c) haver procedido à reparação ou diminuição do dano causado pelo crime, em qualquer momento do processo, até à fase de julgamento; (d) haver estabelecido, antes da fase de julgamento, medidas eficazes para prevenir e descobrir delitos que no futuro possam vir a ser

⁵¹³ - Assim, MARTÍNEZ, Rosario de Vicente – “Persona Jurídica y consecuencias accesorias”, 2002, pp. 115 e 116.

cometidos pela ou através da pessoa jurídica. Um outro dado curioso foi a consagração expressa, no artigo 66.º bis, de factores específicos para determinação das penas a impor e da sua extensão, consoante a pena em causa. Dos factores previstos destaca-se a já conhecida necessidade da pena para prevenir a continuidade da actividade delitiva e dos seus efeitos (n.º1, alínea a)), a atenção às consequências económicas e sociais da pena, em especial, aos seus efeitos sobre os trabalhadores (n.º1, alínea b)) e a posição que ocupa a pessoa física ou o órgão que incumpriu o dever de controlo na estrutura interna da pessoa colectiva (n.º1, alínea c)). Factores como a reincidência também serão observados para o cálculo de determinadas penas (n.º2, alínea a)), bem como a instrumentalização da pessoa colectiva para a comissão de crimes (n.º2, alínea b)), havendo o legislador penal espanhol fornecido um indicador dessa instrumentalização: o facto de a actividade lícita da pessoa jurídica ser menos relevante do que a sua actividade ilícita.

Contudo, a Lei Orgânica 5/2010 não eliminou o famigerado artigo 129.º, mantendo como tal as *consecuencias accesorias* para entidades que careçam de personalidade jurídica, cujo requisito único para a sua aplicação é o de o crime se ter realizado no seio da empresa, com a sua colaboração, através dela ou por meio dela, havendo-se suprimido a audição prévia de pessoas que *representem* a pessoa colectiva. O Juiz pode condenar em uma ou várias *consecuencias accesorias* cujo elenco é circunscrito às alíneas c) a g) do artigo 33.º, n.º7⁵¹⁴ - que estipula as penas acessórias para as pessoas colectivas - assim como se pode acordar na proibição definitiva de exercer qualquer actividade, mesmo que lícita (artigo 129.º, n.º1). Excluídas ficaram as penas de multa e dissolução. À imagem do que sucede no direito comparado, a multa⁵¹⁵ foi eleita a pena comum e geral aplicável

⁵¹⁴ - São elas a suspensão de actividades por prazo nunca superior a cinco anos (c); o encerramento de certos locais ou estabelecimentos por prazo nunca superior a cinco anos (d); a proibição de realizar, no futuro, actividades em cujo exercício se haja cometido, favorecido ou encoberto o delito, que pode ser definitiva ou temporal - neste último caso, nunca poderá ultrapassar o prazo de quinze anos - (e); inabilitação para obtenção de subvenções e ajudas públicas, para contratar com o sector público e para usufruir de benefícios e incentivos fiscais ou da Segurança Social, por um prazo que não poderá exceder os quinze anos (f); e a intervenção judicial para salvaguarda dos direitos dos trabalhadores e dos credores por um período de tempo que se estime necessário e que não pode ultrapassar os cinco anos (g).

⁵¹⁵ - De acordo com o disposto no artigo 50.º a pena de multa será imposta através do sistema de dias-multa (n.º2), sendo a moldura legal mínima de 10 dias e a máxima para pessoas colectivas de cinco anos (n.º3), com a taxa diária a variar entre um mínimo de €30 e um máximo de €5.000 (n.º4). Para o cálculo da multa os tribunais deverão atender à situação económica do réu e

a todos os casos de responsabilidade penal colectiva, sendo que as penas acessórias previstas no artigo 33.º, n.º7, por serem consideradas *graves*, só podem ser aplicadas de acordo com o fixado no artigo 66.º bis. As sanções de multa por cotas ou proporcional (artigo 33.º, n.º7, alínea a)) e de proibição de obtenção de subvenções e ajudas públicas, de contratação com o sector público, de usufruir de benefícios e incentivos fiscais ou da Segurança Social por um prazo que não poderá exceder os quinze anos (artigo 33.º, n.º7, alínea f)) são as novidades face ao diploma legal de 1995. Informar também que a sanção prevista na alínea e) de proibição de realizar no futuro actividades em cujo exercício se haja cometido, favorecido ou encoberto o delito sofreu um aumento no prazo da sua execução, passando de cinco para quinze anos com a Lei 5/2010, havendo-se procedido a clarificações quanto à execução da sanção de intervenção judicial na pessoa colectiva (alínea g))⁵¹⁶.

8. As sanções penais nos ordenamentos jurídicos britânico e americano: as *Federal Sentencing Guidelines* e o triunfo dos programas de *compliance*

O ordenamento jurídico britânico foi pioneiro na admissão da responsabilidade penal de pessoas colectivas dada a emergência de processos de industrialização em momento temporal anterior face ao restante continente europeu⁵¹⁷ e também pelo facto de ser generalizada a constatação de que, nos

demais circunstâncias pessoais deste (n.º5). Contudo, nos termos do artigo 52.º e nos casos em que o código assim o determine, a multa poderá ser fixada em proporção ao dano causado, ao valor do objecto do delito ou ao benefício alcançado com o mesmo (n.º1), sendo que o pagamento da multa pela pessoa jurídica poderá ser fraccionado por um período até cinco anos, quando a sua quantia ponha comprovadamente em perigo a sua “sobrevivência” ou a manutenção de postos de trabalho ou, ainda, quando razões de interesse geral o aconselhem (artigo 53.º, n.º5).

⁵¹⁶ - A intervenção poderá afectar a totalidade da organização ou poderá cingir-se a algumas instalações, secções ou unidades de negócio, sendo que o agente designado para intervir terá direito a aceder a todas as instalações e locais da empresa ou da pessoa jurídica e a receber as informações que estime necessárias. Foi delegado para regulamento outras especificações quanto a esta matéria, nomeadamente, a da retribuição do “interventor” e a das qualificações necessárias para o desempenho de semelhante função – artigo 33.º, n.º7, alínea g).

⁵¹⁷ - Assim, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, pp. 65 a 74, chamando a atenção para que, ainda no século XIX, as primeiras decisões jurisprudenciais não suscitavam problemas de culpa de entes colectivos por tratarem das designadas *regulatory offences*, concebidas como uma «parte

círculos jurídicos anglo-saxónicos, ser muito menos acentuada a vertente dogmática do direito, visando-se com maior pragmatismo as finalidades de segurança pública, ordenação e bem-comum⁵¹⁸, o que se tornou coadunável com o recurso à *strict liability*, especialmente em domínios de regulação⁵¹⁹. Com o *Interpretation Act* de 1889 passou a estender-se a entes colectivos alguma responsabilização penal, sendo o problema da culpa expeditamente resolvido com a criação da *identification doctrine* - que dispensa, como se sabe, qualquer ideia de culpa autónoma da pessoa colectiva - com a culpabilidade desta a resultar da imputação da culpa do dirigente que houvesse actuado. Tempos mais tarde, surgiu então a admissibilidade da *transmissão* de responsabilidade penal para as pessoas colectivas de actuações de agentes subordinados, por via da doutrina da *vicarious liability*. Ora, mais recentemente, o Parlamento britânico emitiu a *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* de 2007⁵²⁰ e o *Bribery Act* de 2010⁵²¹, claramente em resposta à insuficiência da teoria da identificação. Sucintamente, em relação ao primeiro, uma pessoa colectiva será responsabilizada se do modo como as suas actividades são conduzidas ou organizadas resultar a morte de uma pessoa e isso constituir uma violação grosseira de um dever de cuidado de relevo quanto à segurança do empregado falecido (1.(1, alíneas a e b)), sendo que, para que haja responsabilidade da

acessória da regulamentação penal» - semelhante, portanto, a um direito administrativo sancionatório.

⁵¹⁸ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, pp. 75 e ss.; CELIA WELLS destaca a relevância do “utilitarian harm principle” como ideia básica de que o propósito de qualquer insituição social e jurídica é a maximização da felicidade e bem-estar da sociedade, onde os poderes coercivos devem ser utilizados apenas para prevenir danos e males aos outros (“to prevent harm to others”). Ainda assim, entende que o melhor caminho a seguir é o que consegue combinar justiça e utilidade. A medida perfeita no que concerne às pessoas colectivas é a sua sujeição a ambos os ramos do direito (*criminal law* e *regulatory control*) embora reconheça que grande parte deste último visa a actividade das *business corporations* - WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 14 e ss.

⁵¹⁹ - V. WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 68 e 69, destacando, embora, as vozes que se pronunciam no sentido da injustiça material que tal solução acarreta, colocando lado-a-lado e nos mesmos termos a sociedade delinquente culposa e a sociedade delinquente negligente ou menos culposa. A Autora simpatiza claramente com as correntes que demandam um tratamento diferente da matéria da responsabilidade das pessoas colectivas, por entender que elas expressam o seu próprio e especial tipo de intencionalidade, nomeadamente, através da política empresarial.

⁵²⁰ - Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/contents> [última consulta a 04/07/2016].

⁵²¹ - Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> [última consulta a 04/07/2016].

pessoa colectiva, é necessário que o modo como tais actividades são conduzidas ou organizadas pelo *senior management* representem um *elemento essencial* da violação de dever referida (1.(3))⁵²². Realce-se que este diploma não se circunscreve à previsão de uma pena de multa. O tribunal pode impor “*remedial orders*” à pessoa colectiva condenada para que esta corrija a violação grosseira do dever de cuidado ou qualquer outra matéria que o tribunal julgue pertinente, ou ainda, para corrigir quaisquer outras deficiências nas políticas, sistema ou práticas da pessoa colectiva, relacionadas com saúde e segurança e que possam ter influído na violação do dever de cuidado (9.(1 alíneas a, b e c)), prevendo o procedimento a adoptar em caso de incumprimento pela pessoa colectiva (9.(5)), a delimitação temporal para o cumprimento das medidas impostas e a possibilidade de a pessoa colectiva ter de fazer prova ante determinada entidade de que está a cumprir com as medidas decretadas(9.(4)). Por outro lado, tem ainda o tribunal o poder de ordenar à pessoa colectiva condenada que publique determinados factos, como seja a sua condenação, os termos da ocorrência do crime, o montante da multa imposta e eventuais *remedial orders* (10.(1 alíneas a, b, c e d)). Quanto ao segundo – *Bribery Act* de 2010 - a pessoa colectiva só pode ser responsabilizada pelo crime de *failure of commercial organisations to prevent bribery*, quando uma pessoa que lhe é *associada* cometa algum dos crimes previstos no diploma (7.(1)) contando que é imprescindível a identificação da pessoa singular que cometeu o crime (7.(3)). A única sanção que se prevê para a pessoa colectiva é a multa (11.(3)).

No que respeita aos Estados Unidos da América, a jurisprudência conceituada sobre a matéria remonta a 1886, com a decisão do caso *Santa Clara County vs. Southern Railroad*, onde se afirmou que as pessoas colectivas poderiam ser tratadas como uma pessoa natural, embora paradigmática haja sido a decisão do *Supreme Court* de 1909 no caso *New York Central vs. Hudson River Railroad Co.* por se considerar que abriu as hostes à confirmação do princípio *societas delinquere potest* ⁵²³, princípio definitivamente assente pela decisão

⁵²² - MARK PIETH e RADHA IVORY, na senda de JAMES GOBERT, entendem que está aqui em causa, somente, uma *qualified identification* – Apud, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 338.

⁵²³ - BRODOWSKI, Dominik, DE LA PARRA, Manuel Espinoza e TIEDEMANN, Klaus – “Regulating Corporate Criminal Liability: an introduction”, 2014, p. 2.

jurisprudencial *United States vs. Nearing*, de 1918, onde se defendeu que a responsabilidade de pessoas colectivas também poderia ser decretada face a crimes que demandem a *mens rea*⁵²⁴. Não obstante partilhar dos termos da evolução britânica do problema, certo é que, no início do século XX, o ordenamento jurídico americano distinguiu-se por ir mais longe, alargando o leque de sujeitos aptos a desencadear a responsabilização penal da pessoa colectiva a *todos* os seus funcionários, num modelo de *vicarious liability* que abarcava, até, meros colaboradores, abandonando assim a *identification doctrine* por a considerar demasiado restritiva⁵²⁵. De igual modo, caminharam para a construção de um conceito de culpa autónoma das pessoas colectivas, consagrando-se nas *Federal Sentencing Guidelines* de 1991 um conceito de culpa por falta de regulamentação cuidada que prevenisse, descobrisse ou previsse a denúncia de delitos ou comportamentos de risco dentro das pessoas colectivas, através de um código de conduta interno.

Verdadeiro traço *sui generis* do ordenamento jurídico dos EUA, as *Federal Sentencing Guidelines*⁵²⁶ contêm um capítulo especificamente dedicado à condenação de colectividades, expondo na sua introdução a pretensão de uma punição justa, de uma prevenção adequada e de incentivos às organizações para manterem mecanismos de prevenção internos aptos a *prevenir, detectar e reportar* condutas criminosas. O capítulo começa por ordenar o tribunal a, sempre que possível e em primeiro lugar, condenar a organização à *reparação*

⁵²⁴ - Cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 74.

⁵²⁵ - Segundo CELIA WELLS trata-se do reconhecimento do *the agency principle* do qual decorre que a posição do agente na estrutura hierárquica do ente colectivo não é factor determinante, havendo que aceitar as pessoas colectivas como agregados, como um *todo*, de tal modo que, o total da informação e do conhecimento deveria ser imputado ao ente colectivo e não aos agentes físicos. A informação e o conhecimento que estes detêm encontra-se fraccionado em múltiplas partes, tantas consoante o número de agentes que actuam fisicamente, pelo que só a primeira é que pode e deve ser responsabilizada. Cfr. WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 130 e ss.

⁵²⁶ - Guiamo-nos pelas *Sentencing Guidelines* de 2015 (*2015 Guidelines Manual*), *Chapter Eight – Sentencing of Organizations*, efectivas a partir de 1 de Novembro de 2015 e acessíveis em <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2015/2015-chapter-8> [última consulta a 04/07/2016]. As *Organizational Sentencing Guidelines* providenciam a institucionalização de uma cultura corporativa de respeito ao direito, de um “Good Corporate Citizen” através do cumprimento dos deveres que delas dimanam, funcionando como uma espécie de regulação jurídica que actua como código de conduta para empresas. Assim, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, p. 597. Elas remontam a 1987, visando não só evitar desigualdades nas condenações, mas auxiliar na determinação da pena – vide MARTINS, A. Lourenço - *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 2011, pp. 415 a 424.

dos danos causados com a infracção, embora tal não deva ser considerado punição mas, somente, compensação às vítimas pelo mal causado. Para tal podem ser utilizadas ordens de restituição de bens ou vantagens, ordens de reparação ou a *probation* que requeira serviço comunitário para redução ou eliminação de danos causados ou na eminência de virem a ocorrer. Prevê-se a possibilidade de notificação a eventuais vítimas, ainda que não identificadas – (*Part B – Remedying harm from criminal conduct, and effective compliance and ethics program*)⁵²⁷. Postula-se acções correctivas por parte da organização para prevenir infracções futuras ou a materialização de danos decorrentes de determinadas infracções, cujos campos paradigmáticos de aplicação se relacionam com a responsabilidade por produtos colocados no comércio ou violações ambientais, fazendo intervir as autoridades especialmente competentes na matéria, com poderes para impôr determinadas medidas. O serviço comunitário previsto visa, essencialmente, finalidades reparatórias e nem tanto punitivas. A sua execução irá assentar no emprego de recursos próprios das organizações ou no pagamento aos seus empregados para realizar o serviço comunitário. Fulcral é que a execução desta sanção tenha uma conexão íntima com o delito praticado e com a reparação de danos que dali tenham resultado⁵²⁸, o que é suficiente para excluir do tipo de serviço comunitário pretendido doações a instituições de cariz social, investimentos em universidades ou certos projectos de interesse social quando nenhum efeito preventivo ou reparador apresentam (§8B1.3.).

Num outro sentido, caso se apure que a organização actua primacialmente com propósitos criminais, a multa imposta deve ser fixada em valores suficientemente elevados para privar a organização de *todos* os seus activos

⁵²⁷ - A título de curiosidade, veja-se que caso a vítima seja identificável e a organização seja condenada em simultâneo ao pagamento de uma multa e à reparação da vítima, o tribunal deverá ordenar que o montante monetário pago pela condenada seja primeiramente dirigido à reparação da vítima – Part B, §8B1.1, (c). Prevê-se, ainda, diversos métodos e formas de pagamento (d) dependendo da situação económica da organização e da concordância da vítima. No parágrafo §8B1.2, (b) admite-se que sendo possível uma estimativa da magnitude do dano futuro pode o tribunal, a título de *probation*, ordenar a criação de um *trust fund* suficiente para cobrir os danos expectáveis.

⁵²⁸ - “Consequently, an order that an organization perform community service is essentially an indirect monetary sanction, and therefore generally less desirable than a direct monetary sanction.” E, acrescentaríamos nós, igualmente mais imprevisível para a pessoa colectiva condenada, furtando desta forma a eficácia desta sanção à ideia de *riscos calculados* pela pessoa colectiva.

(*assets*), numa espécie de “confisco dissimulado”⁵²⁹ impondo-se, ainda, o pagamento imediato da multa (§8C1.1. e §8C3.2. (a)). Para determinação do montante da multa a aplicar a outras organizações há que atender à gravidade da infracção e à culpabilidade da organização. A gravidade da conduta criminosa será reflectida, geralmente, pela totalidade do ganho económico alcançado pela pessoa colectiva, pela perda económica provocada pela pessoa colectiva (atendendo a factores como a intencionalidade, o conhecimento ou a negligência na provocação dessas perdas) ou pelas tabelas contidas nas Guidelines que fazem corresponder determinado tipo de ofensa/gravidade da ofensa a um montante *predeterminado* de multa (§8C2.4.). Veja-se que no ponto (c) deste parágrafo se prevê expressamente que em caso de os dois primeiros critérios aferidores da gravidade da ofensa se apresentarem como demasiadamente complexos – prolongando o processo penal e a formação da sentença – eles não devem ser utilizados para determinação da multa aplicável. Ora, seguindo estes critérios para fixação do montante de multa «they will result in guideline fine ranges appropriate to deter organizational criminal conduct and to provide incentives for organizations to maintain internal mechanisms for preventing, detecting and reporting criminal conduct». Curioso é notar que uma vez fixada a “base fine”, o tribunal deverá multiplicá-la por factores numéricos que reflectem o grau de culpa da pessoa colectiva. No que concerne à culpabilidade (§8C2.5.), são seis os factores elencados para ajudar à fixação do montante da pena sendo que, de entre eles, quatro funcionarão como incremento da culpabilidade da organização como sejam: (i) o envolvimento ou a tolerância da organização face à actividade criminosa, baseada no número de empregados da pessoa colectiva e no tipo de intervenção do *high-level personnel* ou *authority personnel*⁵³⁰; (ii) o registo criminal e infraccional do ente colectivo; (iii) a violação de uma ordem ou

⁵²⁹ - Expressão de TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, p. 25.

⁵³⁰ - Este é um dos critérios mais importantes para determinação do grau de culpa da pessoa colectiva e assenta na interligação dos seguintes princípios: primeiro, a culpa da organização é agravada caso indivíduos que gerem a organização ou que nela tenham um posição de relevo participem ou sejam grosseiramente negligentes quanto à comissão do crime; segundo, as organizações que se tornam maiores e com um *management* mais especializado e profissional fazem com que a participação destes últimos ou uma sua ignorância indesculpável face ao crime represente uma grave quebra de confiança ou abuso de posição; terceiro, à medida que as organizações vão aumentando na sua dimensão, o risco de condutas criminosas também é aumentado, o que acarreta mais exigências e mais culpabilidade.

injunção; e (iv) a obstrução à justiça, seja na fase da investigação, julgamento ou de execução de sentença. Em contrapartida, os dois factores remanescentes irão actuar como atenuantes da punição da organização, sendo eles (i) a existência de um efectivo programa ético e de *compliance*; e (ii) a colaboração com a justiça, mediante o reporte às entidades competentes e o reconhecimento/aceitação da sua responsabilidade. No que respeita ao pagamento da multa, este deve ser imediato, excepto nos casos em que o tribunal julgue que a organização não tem estabilidade financeira para o fazer ou que esta pode ficar seriamente comprometida, não podendo contudo o pagamento total da multa ser diferido por um período superior a 5 anos. (§8C3.2.). A assistência e colaboração prestadas pela pessoa colectiva à investigação criminal poderá ser um factor a considerar pelo juiz para redução do montante da multa a fixar (§8C4.1.).

Seguidamente, na Parte D (*Organizational probation*), resulta que esta sanção pode ser utilizada para dois fins distintos. Um, enquanto medida apta a assegurar a implementação e cumprimento de *outra* sanção aplicada (como o dever de restituição, *remedial orders*, o cumprimento de serviço comunitário e até, para assegurar o pagamento de multas através da imposição de restrições à gerência da pessoa colectiva). Outro, para garantir que internamente sejam tomadas medidas na pessoa colectiva para reduzir a possibilidade de cometimento de infracções no futuro. Também vem prevista nas *Organizational Sentencing Guidelines*, como «recommended conditions of probation» que o tribunal pode ordenar à pessoa colectiva condenada a publicação da natureza do crime, o facto de ter sido condenada e a pena de que foi alvo, tal como dos procedimentos que serão por si adoptados para prevenir ocorrências delituosas futuras (§8D1.4.). Em caso de violação de uma *probation* o tribunal pode prorrogá-la, impor outra diferente (e mais restritiva) ou mesmo revogar a *probation* fixada e condenar a pessoa colectiva noutros termos (§8F1.1.).

Como já se sublinhou, subjaz claramente às *Guidelines* o incentivo à redução e eliminação de condutas criminosas, por apelo ao estabelecimento de políticas estruturais internas e de auto-regulação (*self-policing*) através de programas de *compliance*, com recompensas visíveis a nível processual penal para os entes colectivos originando, em alguns casos, a redução da pena de multa que lhes seria

aplicável em quase 90%⁵³¹. O cumprimento do programa ético e de *compliance* deve ser do *conhecimento* dos órgãos executivos e de controlo da pessoa colectiva, sobre os quais impende um dever de *supervisão* quanto à implementação e efectividade do programa. Por seu turno, é o *high-level personnel* que deve garantir que a organização tenha um programa ético e de *compliance* efectivo, devendo ainda ser delegada em sujeitos individuais a função diária de controlo quanto ao cumprimento do programa (§8B2.1.)⁵³².

Por serem os ordenamentos jurídicos que mais prematuramente consagraram a responsabilidade penal de entes colectivos, compreende-se que também tenham sido os primeiros a detectar as suas falhas e a deparar-se com as suas dificuldades práticas, levando a que, descontentes, procurem hoje por soluções alternativas. Há tendência da parte das autoridades para punir os entes colectivos por contraposição a uma devida identificação dos agentes singulares que actuaram. Despontam, então, orientações voltadas para o «combate à perigosidade» dos entes colectivos e para a «busca de segurança», caminhando-se assim para um direito penal de cunho algo autoritário que visa, essencialmente, a *inocuidade* de empresas que denotem um maior *risco* de ofensa a bens jurídicos protegidos⁵³³. Ora, as últimas e mais recentes investigações sobre o *risco* e a criminalidade colectiva demonstram que *fundamental* é atacar as deficiências organizativas que existem na empresa. Do que se deve tratar não é do problema da responsabilidade derivada de uma ou várias pessoas concretas, mas de *prevenir* as actuações da organização⁵³⁴, levando a um cepticismo quanto ao sucesso e *eficiência* da responsabilização penal de entes colectivos⁵³⁵. Já para não

⁵³¹ - Dados expostos por WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 34 e 35.

⁵³² - São feitas importantes recomendações no sentido da realização de *training programs* e outras formas de disseminação de informações respeitantes ao programa ético e de *compliance* por toda a organização, desde o *top management* até aos *agentes de baixo* – ponto (4) – bem como quanto ao dever de avaliação periódica da efectividade do programa e possibilidade de criação de um sistema de denúncia anónima de infracções internas protegendo os denunciantes de eventuais retaliações – ponto (5).

⁵³³ - Cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, p. 437.

⁵³⁴ - Vide SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, p. 103.

⁵³⁵ - Sobre o assunto, v. HASNAS, John - “The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, 2009, pp. 1349 a 1354, onde escreveu: “[t]oday, it has become apparent that the purpose of corporate criminal liability is not to punish corporations, but to force them to cooperate in the prosecution of their employees. (...) The actual indictment of a

menção o gravíssimo problema que é denunciado por alguns autores quanto à responsabilização criminal de entes colectivos e que se manifesta na deturpação e mau uso dos poderes públicos inerentes à investigação criminal. O Ministério Público tem usado da ameaça sobre as pessoas colectivas com a acusação penal como uma espécie de moeda de troca e de negociação para ser auxiliado pela na investigação e detecção dos culpados pelo crime, prometendo a atenuação ou até a exclusão da sua responsabilidade penal⁵³⁶. VED P. NANDA⁵³⁷ explica que desde 2003 têm proliferado *acordos* celebrados entre as entidades que investigam e acusam e as pessoas colectivas alvo da investigação, que podem assumir diferentes formas e dos quais se destacam os *Deferred Prosecution Agreements* e os *Non-Prosecution Agreements*, pressupondo que, se durante determinado período de tempo as pessoas colectivas cumprirem com as condições que lhes são impostas, então, o processo será arquivado. Os problemas de semelhante actuação prendem-se com a *discrecionalidade* na acusação, com a posição desequilibrada das partes que intervêm e que leva a que, muitas vezes, as pessoas colectivas aceitem termos e condições demasiado onerosos, tudo para evitarem o estigma inerente ao processo penal. Evidentemente, tais acordos acontecem sem o mínimo escrutínio ou supervisão judicial.

Uma metodologia deveras interessante foi sugerida por aqueles que defendem uma *enforcement pyramid* (ou a “pirâmide de Braithwaite”)⁵³⁸, que postula diferentes níveis de actuação dos poderes públicos consoante o estado mais ou menos crítico da situação, a nocividade da infracção cometida e a estrutura organizacional da pessoa colectiva sobre a qual se intervirá. Este

corporation, which carries with it costs of going to trial, is a mark of failure. It means that the prosecution has failed to gain the “cooperation” that allows it to export the costs of its criminal investigation to the corporation.”

⁵³⁶ - Novamente, HASNAS, John – “The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability”, 2009, p. 1355.

⁵³⁷ - NANDA, Ved P. – “Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?”, 2010, pp. 624 a 626.

⁵³⁸ - Baseamo-nos em WELLS, Celia - *Corporations and Criminal Responsibility*, 2001, pp. 28 e ss. Perspectiva-se a realidade sob dois pontos de vista diversos: de um lado, um panorama mais preocupado em *prevenir e remediar* os problemas subjacentes à criminalidade de empresa; de outro lado, a vigência de um sistema de pura *dissuasão e punição*, que visa reagir a delitos ocorridos, sancionando os infractores. Decididamente, os defensores desta *enforcement pyramid* preferem conceder mais e melhor terreno ao primeiro panorama apontado. Em defesa de semelhante modelo de intervenção, PALIERO, Carlo Enrico - “La Sanción Administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, 1995, p. 481.

modelo funcionaria do seguinte modo: primeiramente, deveria apostar-se em medidas de *compliance* tais como advertências, instruções e direcções formais relativamente aos mecanismos de controlo interno da pessoa colectiva, que deveria *sofrer* com uma advertência *sob estrita condição* de a pessoa colectiva em causa ter uma efectiva possibilidade de se *corrigir* a si mesma, sem necessitar de intervenção externa e directa na sua organização. Somente no caso de este primeiro nível falhar nos seus objectivos é que as entidades reguladoras deveriam ‘subir a parada’ na pirâmide e empregar verdadeiras *medidas preventivas* tais como as multas e proibições de várias ordens, sendo o último nível da pirâmide considerado o recurso último mediante a abertura do processo criminal respectivo.

9. As *Ordnungswidrigkeitgesetz (OWiG)* do ordenamento jurídico alemão

O ordenamento jurídico alemão, embora não sem controversia e vozes de vulto em sentido oposto, é dos mais conceituados ordenamentos jurídico-penais a manter o brocardo *societas delinquere non potest*, prevendo que só os sujeitos individuais são susceptíveis de responsabilização penal. A doutrina alemã fundamenta essencialmente a recusa de responsabilidade penal de entes colectivos na impossibilidade de sobre elas fazer recair a *reprovação ético-social* que sempre caracterizou o direito penal e as suas penas, a par de uma peremptória *incapacidade de agir penalmente relevante*. Curioso é notar que também no ordenamento jurídico alemão vingou um conceito normativista de culpa, que “*reduziu o juízo de culpabilidade a uma “capacidade de reagir normativamente”*”, ou seja, “*a uma capacidade de se ser motivado pelas normas*”⁵³⁹. A culpa pressuporia a liberdade da vontade, uma liberdade de decisão, com a especificidade de a Constituição alemã exigir um conceito de culpa suportado na «autonomia ética individual do cidadão» logo, intransponível para seres que não actuam por si, mas através do outro. Somente no âmbito do direito contra-

⁵³⁹ - Vide TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva “nos crimes de Empresa”*, 2010, pp. 82 a 87.

-ordenacional, mais propriamente na *Ordnungswidrigkeitgesetz* (OWiG), é que uma responsabilização de pessoas colectivas, associações sem personalidade jurídica e sociedades pessoais com personalidade jurídica é prevista, para casos de realização de facto *criminoso* ou *contra-ordenacional* através do qual se violem deveres que atingem a colectividade (no seu todo) ou que se tenha enriquecido ou se visasse enriquecer a pessoa jurídica⁵⁴⁰. Referimo-nos, pois, ao §30 da OWiG que prevê a aplicação de uma multa a pessoas colectivas, isenta de um juízo de desvalor ético-social e que se apresenta como uma sanção *directa* e *autónoma*, independente de qualquer *culpabilidade* do ente colectivo⁵⁴¹. A sua imputação decorreria da prática de um facto penal ou contra-ordenacional por órgãos ou titulares de órgãos de representação da pessoa jurídica, directores de uma associação sem personalidade jurídica, representantes e mandatários devidamente autorizados ou responsáveis a quem caiba a supervisão da administração ou outros poderes de controlo⁵⁴². O que é dizer: é este o mecanismo previsto na OWiG que poderá surtir efeitos sobre a pessoa colectiva, através de uma coima, como consequência do cometimento de um crime a partir da sua estrutura⁵⁴³.

⁵⁴⁰ - Assim, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, p. 288.

⁵⁴¹ - Cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 151. FERNANDO TORRÃO dá-nos conta de que inicialmente, em 1968, esta sanção era de aplicação *acessória* face a penas aplicadas a dirigentes que agissem em seu nome e no seu interesse. Hoje, contudo, já não é assim – v. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva "nos crimes de Empresa"*, 2010, pp. 87 e 88.

⁵⁴² - Refira-se que caso o processo penal ou o processo contra-ordenacional respeitantes ao facto cometido não seja iniciado, seja arquivado ou não conduza à aplicação de sanção aos agentes individuais «pode a coima contra a pessoa jurídica ser aplicada autonomamente» - cfr. BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, pp. 290 a 292. A Autora destaca que parece não se abdicar de uma «posição formal, jurídico-civilmente definida, de representante do ente colectivo».

⁵⁴³ - Preferindo a consagração da figura da comissão por omissão, SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, 2009, p. 132, uma vez que no concreto modelo adoptado na OWiG o cometimento do crime propriamente dito aparece como *condição objectiva de punibilidade*, sendo os deveres consagrados sobre os órgãos de conteúdo demasiadamente abstracto e desligados de concretização prévia. Para TERESA QUINTELA DE BRITO o §30 da OWiG consagra uma responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva *acessória* de um crime ou contra-ordenação cometido por um dos agentes elencados no mesmo, sendo pois um caso de responsabilidade contra-ordenacional objectiva, cuja força dissuasora da sanção pecuniária pode revelar-se inócua – vide BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, 2012, pp. 300 e 301.

Peculiar é o disposto no §130 da OWiG que estabelece um *tipo de infracção* por violação de deveres de vigilância a cargo de órgãos dirigentes da empresa por actos ilícitos praticados pelos seus funcionários⁵⁴⁴. Ponto é que o delito cometido represente a materialização do risco potenciado pela omissão ou *apenas* a potenciação desse risco. Basta que o destinatário do dever de vigilância o não cumpra, prescindindo-se de pressupostos de imputação subjectiva, o que facilmente degenera em um regime de responsabilidade objectiva. Neste artigo prevê-se um tipo especial de dever de vigilância que impende sobre os órgãos directivos da pessoa colectiva, sancionando com multa a violação desse dever no caso de nela (pessoa colectiva) se cometer um crime que poderia ter sido evitado com a vigilância devida e adequada.

O código penal alemão apenas contém as medidas de confisco de ganhos e lucros obtidos com o facto criminoso (§73.º do StGB) e de confisco de bens utilizados para perpetração do crime ou do produto deste para situações especiais (§74.º do StGB) como medidas susceptíveis de serem aplicadas a entes colectivos⁵⁴⁵, sendo certo que a doutrina maioritária vê nelas um défice de penalidade e de eficiência, em especial, no tocante a áreas como a defesa do ambiente e a criminalidade anti-económica⁵⁴⁶.

10. As sanções na perspectiva da União Europeia

⁵⁴⁴ - GONÇALO DE MELO BANDEIRA destaca que este parágrafo da OWiG só intervirá nos casos em que falhe a aplicação do §30 da OWiG, isto é, que inexista um «autor idóneo» que tenha cometido o facto típico, ilícito e censurável, apto a servir como «ponto de vinculação» para a responsabilização contra-ordenacional da pessoa colectiva – v. BANDEIRA, Gonçalo de Melo - «Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial, 2004, p. 420. Por seu turno, GERMANO MARQUES DA SILVA vê nesta norma e na coima correspondente a consagração, na prática, da responsabilidade criminal das pessoas colectivas no direito germânico (cfr. SILVA, Germano Marques da - Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes, 2009, p. 88) o que faz sentido se se admitir (como há algumas correntes doutrinárias que o fazem) que há uma ligação entre os §§30 e 130 da OWiG.

⁵⁴⁵ - SILVA, Germano Marques da - Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes, 2009, p. 87.

⁵⁴⁶ - BRAVO, Jorge dos Reis - Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas, 2008, p. 151.

Desde o Tratado de Amesterdão que se almeja uma aproximação entre os direitos penais nacionais, visando-se a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros e a adopção de medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos dos crimes e das penas⁵⁴⁷. Um problema que não é exclusivo da criminalidade empresarial, mas que encontra nela o seu apogeu, atém-se ao designado *forum shopping*, isto é, a possibilidade *real* de as pessoas colectivas se aproveitarem da complexidade de tratamento da criminalidade transfronteiriça – que dificulta sobremaneira a perseguição penal – valendo-se das diferenças entre os sistemas sancionatórios em seu próprio benefício. A título de curiosidade, veja-se que ao nível de certos princípios regentes do direito penal existem diferenças notórias, como seja, a *inexistência* de uma posição comum quanto às finalidades das penas, sendo que nem todos os Estados-membros as consagram na lei⁵⁴⁸.

Ora, em termos genéricos, pode impor-se aos Estados-membros que proíbam condutas e que as sancionem eficazmente, mas não se pode impor a natureza *penal* das mesmas. Por outras palavras, a escolha dos meios é deixada para os Estados, não obstante se ter vindo a avançar em momento posterior com a exigência de as sanções deverem ser *eficazes, proporcionais* e aptas a prevenir a violação da norma⁵⁴⁹. Mesmo com o Tratado de Lisboa, a União Europeia continua a não dispor de uma jurisdição prescritiva penal completa, não tendo competência para aprovar leis penais directamente aplicáveis aos cidadãos, cingindo-se ao estabelecimento de regras mínimas quanto às infracções e às sanções⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ - Sabido que em matéria penal a competência é primacialmente originária dos Estados-Membros que compõem a União Europeia, debate-se qual o melhor dos caminhos a seguir no que respeita à legislação penal no seio da União Europeia: se o da *harmonização*, se o da *uniformização*. As políticas comunitárias necessitam de uma harmonização da punição penal de condutas que violem com gravidade a sua execução, sendo que as próprias condições de concorrência no mercado interno podem sair inquinadas pelas disparidades ao nível do direito penal secundário. Vide, a este respeito, PINTO, Inês Horta - *A Harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa, Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspectivas de Futuro*, 2013, pp. 80 a 115.

⁵⁴⁸ - *Idem*, p. 126.

⁵⁴⁹ - Assim, Acórdão Comissão c. Grécia (cfr. PINTO, Inês Horta - *A Harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa, Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspectivas de Futuro*, 2013, p. 194).

⁵⁵⁰ - *Idem*, p. 341.

Pois bem. Nenhuma das convenções celebradas no âmbito do Conselho da Europa prevê a responsabilidade em termos exclusivamente *criminais* das pessoas colectivas. A este propósito PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁵⁵¹, após apresentar um vasto leque de Convenções europeias, entende existir uma clara intencionalidade em fazer responsabilizar entes colectivos. Não obstante, a *natureza* (penal) desta responsabilização nunca é imposta, admitindo-se a opção pela via criminal ou pela via administrativa, e isto, mesmo quando as Convenções prevêem crimes⁵⁵². Outras vezes estatui-se que a responsabilidade das pessoas colectivas pode ser civil, administrativa ou penal. O que veio de dizer-se também se aplica às Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa, às Acções Comuns e às Decisões-Quadro emitidas em matéria criminal - com particular enfoque nas questões relacionadas com a protecção do ambiente, criminalidade económica e protecção de consumidores⁵⁵³. Nem os sucessivos instrumentos normativos comunitários nem os Tratados Comunitários fazem qualquer opção no sentido da imperatividade da responsabilização criminal das pessoas colectivas, embora persistam na responsabilidade directa destas entidades pelas consequências das suas actividades⁵⁵⁴.

Quanto às sanções previstas, as Decisões-Quadro elegeram a sanção pecuniária, que tanto pode ser uma multa, como uma coima⁵⁵⁵. Em sentido distinto, visando uniformizar a adopção de medidas preventivas e repressivas contra a criminalidade transnacional, organizada e violenta, o caminho seguido pelo Conselho foi o de consentir aos Estados a livre opção em matéria de adopção de medidas sancionatórias contra as pessoas colectivas, podendo elas ser de cariz civil, administrativo, contra-ordenacional ou penal. O mote é o de que as medidas

⁵⁵¹ - ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, 2006, disponível online em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>.

⁵⁵² - Como por exemplo, a Convenção ETS n.º173 relativa à lei criminal sobre a corrupção de 27/01/1999 ou a Convenção ETS n.º196 sobre a prevenção do terrorismo, de 03/05/2005.

⁵⁵³ - Continuamos a seguir PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cuja recolha de instrumentos que realizou teve como última data o ano de 2005 - v. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, 2006, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>.

⁵⁵⁴ - Assim, BRODOWSKI, Dominik, DE LA PARRA, Manuel Espinoza e TIEDEMANN, Klaus - “Regulating Corporate Criminal Liability: an introduction”, 2014, p. 3.

⁵⁵⁵ - Para a demonstração de um razoável número deste tipo de sanções cominadas em decisões, recomendações, protocolos e outros, vide BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 134 a 141.

seleccionadas se afigurem *proporcionais, adequadas, dissuasoras, e efectivas*, isto é, o Conselho impõe que sejam tomadas medidas e sanções eficazes, que incluirão multas, coimas e até outras sanções. O que é facto, novamente, é que nenhuma decisão toma partido na melindrosa questão acerca da natureza da responsabilidade das pessoas colectivas⁵⁵⁶. Torna-se, pois, manifesto que subjacente a toda esta *indefinição* se encontre alguma prudência e respeito pela não imiscuição em matérias do foro criminal que pertencem aos ordenamentos jurídicos nacionais de cada Estado-membro, atendendo a que nem todos acolhem a matéria do mesmo modo, respeitando-se, assim, as opções político-criminais dos Estados, intimamente conexas a questões de soberania interna.

A União Europeia vai mais longe do que o Conselho da Europa ao prever um sistema de multa *proporcional* às receitas da pessoa colectiva ou à vantagem financeira retirada ou esperada com a comissão do crime, contemplando um elenco de sanções acessórias mais vasto, como a exclusão de benefícios públicos, a interdição temporária ou permanente para o exercício de um ou mais tipos de actividades comerciais ou industriais, a supervisão judicial, o encerramento temporário ou permanente de um ou mais estabelecimentos, a perda de produtos ou instrumentos do crime, a dissolução de pessoas colectivas, entre outras⁵⁵⁷. Ora, GERMANO MARQUES DA SILVA⁵⁵⁸ relembra que existem sanções comunitárias directas, porquanto aplicáveis pelas próprias instituições comunitárias e de que é exemplo, a multa, e as sanções comunitárias indirectas, porque impostas por órgãos nacionais não obstante a fonte da infracção ser comunitária - por exemplo, as medidas interditivas em caso de obtenção ilegal de subvenções no âmbito da política comunitária agrícola e das pescas. Para o Professor não é «arriscado» afirmar que, no âmbito comunitário, as pessoas

⁵⁵⁶ - A título de exemplo, destaca-se a Recomendação do Conselho da Europa - R. (88) 18, de 20 de Outubro de 1988 – onde se manifestou o desejo de responsabilizar as próprias empresas sem, contudo, se exonerar de responsabilidade as pessoas físicas, mesmo que por infracções que se mostrassem estranhas ao objecto social; fez-se notar, ainda, a necessidade de implementar sanções e outras medidas repressivas das actividades ilícitas, a prevenção e a reparação dos prejuízos, como seja pelo confisco de bens utilizados no cometimento da infracção ou dele resultantes, a exclusão da celebração de contratos públicos, interdição de publicidade, destituição de membros da direcção, etc. (cfr. SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 74 e ss.).

⁵⁵⁷ - Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, 2006, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>.

⁵⁵⁸ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 71 a 73.

colectivas se encontram sujeitas a sanções que na sua *substância* são verdadeiras penas, não obstante a maioria da doutrina e a Comissão Europeia entenderem que se trata de sanções administrativas de fins preventivo-gerais.

Por fim, uma pequena nota sobre o *Corpus Iuris*, projecto de um Código Penal para a Europa, que visou tutelar interesses financeiros da UE. Para o que ora importa, previa-se neste *instrumento* um princípio de proporcionalidade das sanções⁵⁵⁹, sendo que na sua última versão (versão de Florença de 2000), o *Corpus Iuris* - no artigo 12.^o - admitia a responsabilidade penal das pessoas colectivas, dependente de uma verdadeira responsabilização dos órgãos dirigentes quando estes deixassem, conscientemente, um crime ser cometido por uma pessoa submetida à sua autoridade (n.^o1) ou então que, com poderes para tal, não exercessem o controlo necessário ou falhassem na fiscalização que veio a facilitar o cometimento de um crime (n.^o2), adoptando-se, pois, a teoria da identificação como modelo de responsabilização de pessoas colectivas⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ - BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 141.

⁵⁶⁰ - Cfr. TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 147 e ss.

CAPÍTULO X – DA NATUREZA DAS SANÇÕES APLICÁVEIS: ALGUMAS INTERROGAÇÕES

Em todas as convenções internacionais procedentes da OCDE, da ONU, do Conselho da Europa ou em directivas da UE surge quase como uma «cláusula de estilo» a necessidade de prever sanções contra pessoas colectivas⁵⁶¹. Consequentemente, os legisladores nacionais têm ao seu dispor diferentes espécies de reacções às infracções perpetradas por pessoas colectivas. Na sua essência, são cinco os modelos a que se recorre: (i) o da responsabilidade civil, seja ela subsidiária ou solidária; (ii) o das sanções administrativas impostas por autoridade administrativa ou entidade reguladora; (iii) o do recurso a medidas de segurança, consideradas ainda parte integrante do sistema de reacções penais; (iv) o das penas propriamente ditas; e, por último, (v) o de um modelo misto, com medidas de carácter penal, administrativo e civil⁵⁶². Embora o brocardo *societas delinquere non potest* já tenha conhecido melhores dias, não cessa a discussão quanto à abordagem mais *adequada e eficiente* à criminalidade de empresa ou acerca da natureza das sanções que lhes são estatuídas. No entendimento do TEDH, a generalidade das medidas previstas incorporam o direito penal *em sentido amplo* graças às suas características aflitivas, envolvendo, por isso, a aplicação das *garantias* do direito penal⁵⁶³. Ora, à imagem de MIGUEL BAJO FERNANDEZ⁵⁶⁴ não se deixa de constatar, após consulta aos mais variados ordenamentos jurídicos nacionais, que as consequências jurídicas/medidas/sanções/penas que são destinadas às pessoas colectivas são praticamente as *mesmas*, e isto, independentemente da natureza da

⁵⁶¹ - MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 1.

⁵⁶² - Adoptou-se a apresentação feita por TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, pp. 23 e ss.

⁵⁶³ - Vide, MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 6. Por seu turno, SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, 2009, p. 138, recorda que é necessário *fugir*, nesta matéria, às teias do nominalismo e das «nomenclaturas acrobáticas».

⁵⁶⁴ - FERNANDEZ, Miguel Bajo – “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, 1981, p. 376, que a propósito desta realidade, afirma que ela demonstra “(...) la innecesariedad de acudir al problema teórico de modificar nuestra dogmática jurídico penal para reclamar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (...)”.

responsabilidade que lhes é dispensada⁵⁶⁵. Daí que, junto com o Autor, nos questionemos acerca da caracterização e da essência destas sanções e o que faz com que tão *frequentemente* integrem o elenco de verdadeiras *penas*. Afinal, recorrendo às palavras de MIGUEL BAJO FERNANDEZ, “[s]e declare o no, a nivel dogmático, la responsabilidad criminal de las personas juridicas, las sanciones que el Derecho prevea serán las mismas”, aduzindo, ainda, uma circunstância da maior importância: “[n]i siquiera se ganaría en mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia, ya que las normas del procedimiento criminal pensadas para garantizar los derechos fundamentales de la persona, constituyen un importante obstaculo contra esa pretendida eficacia”⁵⁶⁶.

1. Porque não medidas de segurança?

Ensinava JOSÉ BELEZA DOS SANTOS⁵⁶⁷ que as penas se destinavam a «reprovar os crimes» e a «prevenir a sua realização ou repetição», actuando directamente sobre o agente infractor e indirectamente sobre a generalidade das pessoas, ao passo que as medidas de segurança visavam «transformar» os criminosos «em elementos socialmente úteis» ou, pelo menos, «torná-los inofensivos». As medidas de segurança consubstanciam uma reacção criminal, ligada à prática, por um agente, de um facto ilícito-típico mas tendo como

⁵⁶⁵ - FERNANDEZ, Miguel Bajo – “Derecho Penal Economico: Desarrollo economico, proteccion penal y cuestiones politico/criminales”, 1995, p. 71. Como exemplo desta afirmação veja-se o que sucede no ordenamento jurídico italiano, que consagra uma responsabilidade *administrativa* das pessoas jurídicas pelos delitos cometidos por órgãos e pelo *top management* e cujo elenco de sanções contempla as medidas de publicidade da decisão condenatória, interdições de actividade, exclusão de subsídios e ajudas de outra natureza, sanção pecuniária, proibição de marketing e publicidade, etc. – v. MUSCO, Enzo – “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, 2004, pp. 121 e 122.

⁵⁶⁶ - FERNANDEZ, Miguel Bajo – “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, 1981, p. 377, concludindo então que a melhor solução seria encontrada no procedimento administrativo. Em 2009, contudo, o Autor perfilhou a adopção de uma terceira via, semelhante ao Direito penal de menores ou de inimputáveis adultos perigosos, cuja sanção dependente do princípio da proporcionalidade e da presunção de inocência – citado por BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, pp. 705 a 712.

⁵⁶⁷ - SANTOS, José Beleza dos - *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, 1968, p. 63, que distinguia penas e medidas de segurança atendendo à natureza *própria* destas e também às suas finalidades.

pressuposto e medida a perigosidade daquele, visando finalidades de defesa social e de prevenção especial, associada à ideia de segurança⁵⁶⁸. Elas visam a prevenção do perigo de cometimento, no futuro, de infracções pelo agente sendo aqui que reside a sua justificação. Decisivo para a diferenciação é o facto de a pena se referir à *culpa* do agente pelo *facto*, visando *retribuir* o crime cometido, ao passo que a medida de segurança se atém à *perigosidade* do delinquente, não exercendo o princípio da culpa *qualquer* papel no âmbito das medidas de segurança, carecidas de qualquer fundamento ético⁵⁶⁹. E fundamental para a sua aplicação é (i) o cometimento de um *ilícito-típico* pelo agente, *conditio sine qua non* para cominação da medida e que funciona como factor *delimitador* da medida de segurança, bem como «indiciador da perigosidade» do agente, como se de um verdadeiro «índice» ou «sintoma» desta se tratasse⁵⁷⁰; (ii) a probabilidade de repetição pelo agente de crimes de certa espécie, através de um juízo de prognose, assentando a sua perigosidade no perigo de repetição da actividade criminosa. Fulcral é a intervenção subsequente do princípio da proporcionalidade que caracteriza a escolha e a aplicação de uma medida de segurança e que desempenha, aqui, papel análogo ao do princípio da culpa nas penas. Desta forma, a restrição ou a negação de direitos ou liberdades ao agente deverá ser proporcional à perigosidade do agente e limitada pela gravidade e espécie de

⁵⁶⁸ - Vide DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 413 a 453. Note-se que o Autor defende a inexistência de «diferenças fundamentais» das finalidades reconhecidas às penas e às medidas de segurança, aceitando a presença da finalidade de prevenção geral nas medidas de segurança de forma autónoma, pelo que a única distinção entre elas respeitaria à «forma de relacionamento entre as finalidades de prevenção geral e especial» - *Idem*, p. 428. Discordamos do ilustre Professor. A prevenção geral é um verdadeiro *efeito* da aplicação de medidas de segurança, não possuindo, contudo, qualquer *autonomia* no seu âmbito, qualquer papel determinante na escolha e medida da medida de segurança a aplicar, sendo alcançada, apenas de forma indirecta e reflexa.

⁵⁶⁹ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, pp. 96-108 e 122-136, descrevendo as medidas de segurança como procedimentos de carácter preventivo ou cautelar. JOÃO CASTRO E SOUSA distinguia as penas e as medidas de segurança pela diversa finalidade que prosseguiam: somente a de prevenção da futura ilicitude, no caso das medidas de segurança, ou *também* a retribuição da ilicitude cometida, no caso das penas.

⁵⁷⁰ - Novamente, DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, pp. 437 a 439. E, novamente, discordamos do Professor na parte em que concebe o facto ilícito-típico como fundamento «constitutivo» e «legitimador» da medida de segurança, como seu limite e não apenas como mero sintoma da perigosidade do agente, que contrariaria ideais de um Estado de Direito Democrático.

delito cometido, não esquecendo a sua vigência também no momento da execução da medida e eventual re-avaliação da mesma⁵⁷¹.

Feita esta breve exposição, não admira, pois, a defesa da aplicação de medidas de segurança às pessoas colectivas por serem as que melhor se adequam à criminalidade de empresa. Para JOÃO CASTRO E SOUSA⁵⁷², outra não poderia ser a reacção criminal frente a entes colectivos. Dizia o Autor que, se considerássemos a pena criminal como uma mera «privação ou diminuição de bens jurídicos», então nada interferiria com a sua aplicação a entes colectivos. Contudo, a pena é bem mais do que isso. *“Ela é, sobretudo, expressão de uma censura ética de que o agente se tornou passível pela prática da infracção”*, pelo que não é a sanção *adequada* à realidade colectiva, devendo falar-se, antes, de uma «perigosidade objectiva» que legitimasse a intervenção penal em ordem a «eliminar o perigo derivado de um objecto, estado ou situações perigosas»⁵⁷³. Esta, uma posição que frequente entre a doutrina portuguesa nos primórdios da questão⁵⁷⁴. Por exemplo, EDUARDO CORREIA⁵⁷⁵ apesar de entender que a área apropriada por excelência à responsabilização de entes colectivos era a contra-ordenacional, abria a hipótese de serem alvo dos efeitos de uma condenação penal de pessoas singulares que as integrassem, bem como da aplicação de medidas de segurança. Também PAULO DE SOUSA MENDES⁵⁷⁶ contesta a aplicação de penas a pessoas colectivas. Coerentemente argumenta que, ao não serem «repositório da dignidade da pessoa humana» - que as transcende - nada obstará *“(...) à sua punibilidade com fins exclusivos de prevenção (geral e especial),*

⁵⁷¹ - *Idem*, pp. 448 e 449. Em conformidade com o papel que atribui ao facto ilícito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS aplica o princípio da proporcionalidade não só face à perigosidade do agente, como também ao facto criminoso perpetrado.

⁵⁷² - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, pp. 102 e 115.

⁵⁷³ - *Idem*, pp. 125 a 129.

⁵⁷⁴ - Cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 41 e ss, de onde consta as posições de Autores como MÁRIO CORRÊA AREZ ou JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, favoráveis ao carácter de perigosidade das pessoas colectivas e à previsão de medidas de segurança, *prescindindo-se* do princípio da culpa.

⁵⁷⁵ - CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal*, I, 1993, pp. 234 e 235. Do elenco destas medidas, o Autor fazia constar a sanção de dissolução, de encerramento ou de apreensão e perda de bens.

⁵⁷⁶ - MENDES, Paulo de Sousa - “Responsabilidade criminal das sociedades comerciais. Actas das Jornadas de Direito da Actividade Económica”, 1993, p. 165. No fundo, era fazer operar uma racionalidade diversa, que arrancasse do reconhecimento do *risco* de a pessoa jurídica permanecer como um «foco irradiador de lesões em bens jurídicos penalmente tutelados». *Idem*, p. 164 (nota de rodapé 29).

desde que fundada numa necessidade de tutela de bens jurídicos.” Assim, abandonado o princípio da culpabilidade estaria ‘aberta a porta’ à previsão de um sistema de medidas de segurança.

A nosso ver, a ideia de risco e de controlo da perigosidade imanente às modernas organizações merece, de facto, acolhimento. Veja-se que são os próprios fundamentos que sustentam a necessidade de responsabilização das pessoas colectivas guiar-nos para medidas de prevenção e segurança. Ora, falar de perigosidade não é chamar de imediato à colação as medidas de segurança? A um juízo quanto à anomalia psíquica de sujeitos inimputáveis não se poderá *comparar* um juízo de perigosidade quanto à *anomalia/deficiência* no sistema organizacional da pessoa colectiva? Ponto é que se arranca de uma espécie de avaliação da *personalidade/condução da actividade* da pessoa colectiva para se aferir da medida a aplicar. O alvo da atenção do legislador e do julgador é nada mais, nada menos, do que o agente, do que a pessoa colectiva, de certo modo desligados do facto cometido. Como se viu, a maioria das *penas* previstas no ordenamento jurídico português encontra a sua substância e modo de funcionar reflectido nas medidas de segurança. Como bem reitera BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ⁵⁷⁷, esta *disputa* nada tem de «puramente nominal», uma vez que a escolha da reacção criminal define os *factos* e os elementos dogmáticos a respeitar para que se dê uma legítima intervenção estadual no caso concreto. Desta feita, ou bem que se atende ao delito cometido e à culpa nele manifestada, ou bem que se atende à perigosidade do agente e se realiza um prognóstico quanto à delinquência futura. O que é dizer: ou se *retribui* o ilícito cometido, ou se previne e reforma a pessoa colectiva, havendo que respeitar a diferença existente entre estas medidas tanto quanto ao seu conteúdo, como ao seu sentido normativo-valorativo⁵⁷⁸. Certo, escreve BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ⁵⁷⁹: “[e]s *más sencillo adecuar el concepto de peligrosidad a este ámbito* [Direito penal de

⁵⁷⁷ - Cfr. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo – “Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas”, 1999, p. 27.

⁵⁷⁸ - Assim também VADILLO, Enrique Ruiz – “La persona jurídica y el Derecho penal (Breves consideraciones críticas)”, 1981, p. 778.

⁵⁷⁹ - SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo – “Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas”, 1999, pp. 38 e 39. Segundo o Autor, a opção pelo conceito de perigosidade acarretaria vantagens claras ao permitir prescindir dos elementos subjectivos do dolo ou da negligência da pessoa física, da motivação subjacente à comissão do delito e até mesmo da consciência da ilicitude.

entes colectivos] *que el concepto de culpabilidad. El primero es mucho más flexible conceptualmente que el segundo*". Subsequentemente, FEIJOO SÁNCHEZ aplaude a orientação perfilhada por BERND SCHÜNEMANN relativa ao estado de necessidade de prevenção e defesa de bens jurídicos, apta a legitimar a aplicação de uma sanção independente da noção de culpa penal, substituindo o direito penal de *reprovação ético-social* por um «Derecho de medidas» que visam o interesse exclusivo de prevenção de perigos para bens jurídicos e o combate à atitude criminal colectiva⁵⁸⁰.

Aliás, vem GÜNTER HEINE chamar a atenção para o facto de ser o próprio modelo de culpa autónoma das pessoas colectivas, originariamente defendido por KLAUS TIEDEMANN e inspirador do conceito de culpa colectiva social-normativizada que é sustentado pela maioria da doutrina pró-responsabilização penal de entes colectivos, a *denunciar*, ao nível das consequências jurídicas, uma melhor compatibilidade com o modelo sancionatório das medidas de segurança⁵⁸¹. Ora, nem mais. Não está aqui em causa a vontade em querer *contornar* ou *fugir* ao problema da culpa, optando por aplicar *penas camufladas* de medidas de segurança e, desta forma, escapar aos rigorosos princípios do direito penal da culpa e do facto. Simplesmente, está-se a dar acolhimento à realidade que subjaz à criminalidade de empresa e às pessoas colectivas; às exigências de política-criminal e ao princípio da necessidade. Nada mais se faz do que partir da constatação de que, por maior e mais organizada que uma pessoa colectiva seja, ela não comporta uma *mente*, intencionalidades, consciência de si própria e das valorações presentes em normas penais, nem a real possibilidade/liberdade para se motivar por normas de valor. Ela não compreende nem pode assimilar a reprovação *ética* presente em uma pena. A preferência por medidas de segurança ou por medidas preventivo-sociais contra entes colectivos encontra guarida em razões de defesa social e no princípio da

⁵⁸⁰ - *Idem*, pp. 37 e 38. O Autor acrescenta que: "[n]o es ninguna casualidad que muchos de los autores que tradicionalmente han defendido una responsabilidad penal de las personas jurídicas partan de la prevención especial o de la finalidad de defensa social basada en la peligrosidad como fundamento de la pena (v. Liszt en Alemania o Saldaña, Masaveu y Zugaldia en España)". *Ibidem*, pp. 34 e 35.

⁵⁸¹ - V. HEINE, Günter – "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", 1996, p. 10.

ponderação de bens conflitantes, nos termos em que CLAUS ROXIN⁵⁸² os relacionava. Deste modo, garantido está que os direitos das pessoas colectivas só serão suprimidos ou restringidos “quando o seu uso conduza, com alta probabilidade, a prejuízo de outras pessoas que, na sua globalidade, pesa mais do que as limitações que o causador do perigo deve sofrer com a medida (...)”.

2. Porque não contra-ordenações⁵⁸³?

Diríamos que o pensamento de enquadrar as acções de pessoas colectivas em um modelo de responsabilidade contra-ordenacional perpassa, inevitavelmente, a mente de quem se debruce sobre esta matéria. Principalmente, quando esta hipótese permitiria deixar *incólume* o princípio geral da responsabilidade penal individual (e, a nosso ver, o princípio da culpa penal tal qual deve ser considerado). Ainda para mais quando, em pleno seio da União Europeia, se encontra Estados-Membros que recusam *categoricamente* a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e recordam que as exigências de uma sua responsabilização são inteiramente coadunáveis com as sanções administrativas. Referimo-nos, claro, ao importante caso do ordenamento jurídico alemão, mas também aos ordenamentos italiano, grego e de alguns Estados da Europa de Leste⁵⁸⁴.

Efectivamente, a segunda metade do século XX conheceu a evolução e desenvolvimento do designado direito administrativo penal, cujas sanções - de natureza administrativa - são hoje consideradas pelo TEDH como punição *lato*

⁵⁸² - Citado por DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 2011, p. 430.

⁵⁸³ - Para um estudo mais aprofundado sobre o Direito de Mera Ordenação Social, vide VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013 ou ANDRADE, Manuel da Costa - “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 75-107.

⁵⁸⁴ - Realidade acentuada por KLAUS TIEDEMANN, que não deixa de manifestar alguma insatisfação perante a orientação que o seu país persiste em manter – vide TIEDEMANN, Klaus - “Corporate Criminal Liability as a third track”, 2014, p. 11.

sensu e sujeitas, por isso, a princípios e garantias do direito criminal⁵⁸⁵. Ora, a particularidade desta solução – diz-nos KLAUS TIEDEMANN⁵⁸⁶ – é a de que o modelo de responsabilização administrativa requer apenas uma *culpa social*, por contraste à culpa ética e individual do direito penal, motivo pelo qual é aceite como o modelo mais adequado à responsabilização de entes colectivos. A este argumento junta-se outro: o de que o direito administrativo sancionatório não só é mais adequado à natureza das pessoas colectivas, como dá resposta ao princípio da necessidade de uma sua responsabilização e, acima de tudo, dá execução ao princípio da intervenção mínima do direito penal, tendencialmente utilizado nos dias de hoje como «*prima ratio*»⁵⁸⁷. BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ declara que o recurso a penas criminais deve cingir-se a lesões na vigência de normas que encerrem uma «lesividade social merecedora da pena» e já não para sancionar condutas que realizem algo que é apenas «estatisticamente perigoso» como é o caso de uma organização colectiva defeituosa⁵⁸⁸. Já CARLO ENRICO PALIERO⁵⁸⁹ é assertivo na escolha do direito administrativo sancionatório para a luta contra a delinquência económica e a criminalidade colectiva: “(...) *la responsabilidad de la persona jurídica (...) representa desde ahora la piedra angular sobre el que (re)construir el sistema administrativo sancionador (...)*.”⁵⁹⁰ Para este Autor é vital a criação de entidades administrativas independentes, auto-tuteladas e especializadas em determinadas matérias, que fiscalizariam a conformidade às normas de dever (dever de informação, de vigilância, de direcção, etc.) e aplicariam sanções marcadamente patrimoniais e privativas de direitos e

⁵⁸⁵ - TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, 1995, p. 26.

⁵⁸⁶ - TIEDEMANN, Klaus – “Corporate Criminal Liability as a third track”, 2014, p. 13.

⁵⁸⁷ - Expressão de SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo - “Sobre a “administrativização” do Direito Penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI”, 2012, p. 25. Igualmente neste sentido, v. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, pp. 132 e 133, que argumenta que a opção pela responsabilização criminal das pessoas colectivas vem inserida numa panorâmica mais vasta e que se manifesta no afastamento do paradigma penal de *fragmentariedad* e de intervenção mínima, em que “(...) *o discurso da intervenção penal surge, não como ultima mas como sola ratio (...)*.”

⁵⁸⁸ - Cfr. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo - “Sobre a “administrativização” do Direito Penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI”, 2012, pp. 52 a 54. Nas palavras do Autor: “(...) *quando se trata somente de manter a vigência formal de normas que estatisticamente se comprova que são úteis para a prevenção de lesões de bens jurídicos não cabe intervir com penas.*”

⁵⁸⁹ - PALIERO, Carlo Enrico - “La Sanción Administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, 1995, pp. 486 a 491.

⁵⁹⁰ - *Idem*, p. 491.

vantagens. Correspectivamente, deveria acolher-se critérios de imputação assentes no risco e não critérios de reprovação, ineficazes para a responsabilidade de pessoas colectivas. De igual modo, PAULO DE SOUSA MENDES⁵⁹¹, na certeza de que as sanções aplicáveis a entes colectivos são distintas das penas cominadas às pessoas singulares, defende a compatibilidade daquelas com o direito administrativo sancionatório, que é «menos garantista», logo, «mais eficaz» nos seus resultados práticos. Também EDUARDO CORREIA⁵⁹² entendia o Direito de Mera Ordenação Social como o campo paradigmático para responsabilização das pessoas colectivas, por pressupor uma «censura puramente social» ou uma «advertência desprendida de todo o sentido ético». Por seu turno, FREDERICO ISASCA⁵⁹³ defendia que se impunha, por um lado, a opção por medidas de segurança e, por outro, a opção por coimas. As primeiras, por prescindirem de um juízo de culpa; as segundas por terem o “(...) *sentido de uma advertência ou censura social pela não colaboração, através da qual se visa obter tão só o cumprimento de um dever, daí ser pelo seu carácter iminentemente objectivo e social que se determinará o «quantum» da coima adequada a obter o cumprimento do dever que a Pessoa Colectiva omitiu*”, bastando-se os objectivos da política-criminal com o retirar das vantagens obtidas injustamente pela pessoa colectiva ou com a contenção na obtenção destas vantagens. Em sentido semelhante, FREDERICO DA COSTA PINTO⁵⁹⁴ julga que é «decorrência lógica» a aplicação de normas de dever sancionadas com coimas a pessoas colectivas, porquanto, no sector das contra-ordenações, opera um «princípio de imputação com finalidades preventivas», coadunável à natureza destes entes. Enfim, JOÃO

⁵⁹¹ - MENDES, Paulo Sousa - “A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal”, 2003, p. 398.

⁵⁹² - CORREIA, Eduardo - “Direito penal e direito de mera ordenação social”, 1998, p. 12.

⁵⁹³ - ISASCA, Frederico - *Responsabilidade civil e criminal das pessoas colectivas (Conteúdo da ilicitude)*, 1988, pp. 61 e 62. Facto igualmente pertinente é a nota final deixada por este Autor no sentido da qualificação a atribuir às penas aplicáveis às pessoas colectivas, concebendo-as como verdadeiras medidas de segurança, das quais destaca a dissolução, a apreensão de bens, a suspensão de actividades, encerramento de estabelecimento, apreensão de licenças, etc.

⁵⁹⁴ - PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, 1998, p. 217. O Autor refere ainda que a visibilidade das condutas dos entes colectivos e a sua exposição social assenta “(...) *na prévia identificação de um dever violado. O que é no fundo uma consequência jurídica do facto de estas entidades terem um objecto pré-determinado e uma capacidade de exercício especificamente adstrita aos fins que prosseguem*”, pelo que, “(...) *a ideia de causalidade, enquanto nível de atribuição de responsabilidade, é o critério mais adequado (...).*” - *Idem*, p. 231.

CASTRO E SOUSA⁵⁹⁵, referindo que a coima deveria ser calculada de modo a privar a pessoa colectiva dos lucros e benefícios obtidos com a prática da infracção, procurando dissuadir-se eventuais delinquentes⁵⁹⁶. Certo é que se entendia que o critério distintivo entre uma infracção penal e uma infracção contra-ordenacional se tornava “mais subtil” quando em presença de uma pessoa colectiva⁵⁹⁷, sendo inegável que, aquando da criação de contra-ordenações em Portugal, desde logo elas foram perspectivadas como o campo predilecto para responsabilizar entes colectivos, tentando criar-se a solução para este agudizado problema⁵⁹⁸. Fiéis à orientação de que os entes colectivos são insusceptíveis de enquadramento no direito penal, e em proximidade com o direito germânico, sugere-se a positivação de um dever de vigilância geral da pessoa colectiva sobre a sua estrutura e actividades, devendo ela precaver-se e evitar a facilitação ou o cometimento efectivo de crimes pelos agentes que a compõem. Caso contrário, a haver crime, este seria considerado como uma espécie de condição objectiva de responsabilização contra-ordenacional da pessoa colectiva, contando que se apurasse de uma conexão entre o crime e a aparente violação do dever de

⁵⁹⁵ - SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 107. O Autor não se ficava por aqui, vendo na coima todas as virtualidades para extorquir não só o lucro directo, como alcançar, também, o lucro indirecto, pelo que a coima deveria “(...) sempre superar a vantagem económica que o agente retirou do acto”, mesmo que isso implicasse exceder o montante máximo abstractamente previsto na lei, bem à moda da solução consagrada nas contra-ordenações alemãs. *Idem*, p. 152. Para JOSÉ MANUEL COSTA DE CARVALHO são numerosos os diplomas que possibilitam a aplicação de coimas ou sanções acessórias de tal forma gravosas que, junto de alguns agentes infractores, pode verificar-se “(...) uma predisposição para preferir a punição penal à contra-ordenacional”, fazendo com que em algumas áreas de actuação seja mera ficção defender que o direito contra-ordenacional é *subsidiário* do direito penal – vide CARVALHO, José Manuel Costa de - “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas”, 2009, pp. 66 e ss.

⁵⁹⁶ - Apontando as diferenças entre a pena de multa e a coima, VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*, 2013, pp. 358 e 359.

⁵⁹⁷ - Cfr. BRAVO, Jorge dos Reis - *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, 2008, p. 65.

⁵⁹⁸ - Neste sentido, SOUSA, João Castro e - *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, 1985, p. 83, para quem o direito de mera ordenação social visa manter a ordem na comunidade em geral, faltando-lhe a referência à personalidade ética do homem que caracteriza a culpa criminal e que é marcada por uma desobediência que fundamentará uma simples censura social, despida de toda a mácula ético-jurídica. *Idem*, p. 147.

vigilância⁵⁹⁹. Em suma, implementar na ordem jurídica portuguesa um sistema semelhante ao que opera no §30 da OWiG.

Ora, impreterível para se tomar uma posição a respeito da suficiência ou insuficiência do direito contra-ordenacional na luta contra a delinquência colectiva é a definição da linha que separa o direito penal do direito de mera ordenação social⁶⁰⁰. Ensinava o Professor EDUARDO CORREIA que o direito das contra-ordenações representa um «aliud» que se diferencia em termos *qualitativos* do direito penal por não lhe ser directamente aplicável fundamentos ético-jurídicos (tanto no seu ilícito, como nas suas reacções sancionatórias)⁶⁰¹. Estes consubstanciariam, então, realidades diferentes, com valorações diferentes. Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁶⁰² a perspectiva da «indiferença ética» deve dirigir-se não imediatamente aos ilícitos mas às condutas que integram as normas. Igualmente, para AUGUSTO SILVA DIAS⁶⁰³ o critério *qualitativo* de distinção entre contra-ordenações e crimes é o «único racionalmente defensável» e que possui inegável relevo aquando do momento de criação legislativa. Consequentemente, os argumentos utilizados contra a solução da suficiência da responsabilização contra-ordenacional de pessoas colectivas arrimam-se à inexistência de *liberdade e legitimidade* do legislador para se decidir pela punição, sob a forma de crimes, de acções e omissões de pessoas singulares e, em contrapartida, para as *mesmas* acções e omissões reconhecer relevância apenas no campo contra-ordenacional simplesmente por serem executadas por pessoas colectivas⁶⁰⁴. Claro opositor desta via sancionatória, KLAUS TIEDEMANN⁶⁰⁵ descreve a sanção criminal como a mais intimidatória, dissuasiva e eficaz em termos de prevenção geral positiva - quando comparada com as sanções

⁵⁹⁹ - Contra semelhante modelo por violação do artigo 18.º, n.º2, 2ª parte e n.º3 da CRP, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, pp. 535 a 541.

⁶⁰⁰ - Em termos idênticos, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, pp. 529 e 530.

⁶⁰¹ - CORREIA, Eduardo - "Direito penal e direito de mera ordenação social", 1998, p. 9.

⁶⁰² - DIAS, Jorge de Figueiredo - "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", 1998, p. 26.

⁶⁰³ - DIAS, Augusto Silva - "Crimes e contra-ordenações fiscais", 1999, pp. 441 e 442.

⁶⁰⁴ - Extremamente crítica quanto a este ponto, que configuraria uma inconstitucionalidade, BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, I, pp. 541 a 546.

⁶⁰⁵ - TIEDEMANN, Klaus - "Corporate Criminal Liability as a third track", 2014, p. 14.

pecuniárias administrativas - não menosprezando o facto de os julgamentos penais serem públicos, não sucedendo o mesmo com os procedimentos administrativos, a que se junta o facto irrefutável de ser «contraproducente» e «inconsistente» a previsão de sanções administrativas relativamente a condutas que são verdadeiros crimes e que não comportam a vertente do estigma social ligado apenas às medidas criminais. Por último, acentua a relutância quanto à possibilidade de serem encetadas negociações com a Administração no âmbito de procedimentos administrativos sancionatórios⁶⁰⁶, sendo que é o direito penal que pode contribuir para uma maior *neutralidade* a nível político e *imparcialidade* que é essencial ao sistema jurisdicional. Afinal, mais facilmente a Administração é permeável a pressões políticas e de interesses económicos – seja para bem ou para mal⁶⁰⁷. GERHARD DANNECKER⁶⁰⁸ critica a aplicação que tem vindo a ser feita das sanções administrativas, por serem fixadas em quantias exorbitantes e não despoletarem qualquer resultado ao nível da prevenção geral, rematando contudo que, no moderno direito penal, terá de haver uma clara prevalência da função de controlo social e de intervenção nas colectividades, devendo as sanções ser orientadas para o controlo da perigosidade das pessoas colectivas. Contra eventuais *fugas* para o direito das contra-ordenações ou outras áreas que não o direito penal, MANUEL LOPES DA ROCHA⁶⁰⁹ deixa expresso, em tom crítico, “(...) *se, para salvar esse princípio* [princípio da culpa, a que chama de «pérola» do sistema repressivo], *é racional inventar «sanções», mesmo que ilusoriamente adjectivadas de «administrativas», «económicas» ou rotuladas de «medidas» que produzem os mesmos resultados das penas, se não piores.*” Já GERMANO MARQUES

⁶⁰⁶ - TIEDEMANN, Klaus – “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado”, 1997, p. 34. Precisamente com as mesmas ressalvas HEINE, Günter – *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, p. 9, que concebe o direito administrativo como uma área apta a estabelecer novas faculdades de intervenção para prevenção de perigos e redução da fiabilidade de certas autorizações, não podendo, por isso, cumprir funções coercitivas próprias.

⁶⁰⁷ - Esta argumentação é avançada por JESÚS-MARÍA SILVA SANCHÉZ e apresentada por FRANCO, Alberto Silva – “Globalização e criminalidade dos poderosos”, 2000, pp. 219 e ss.

⁶⁰⁸ - DANNECKER, Gerhard – “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, pp. 42 e ss. No entanto, o Autor esclarece que se deve prover à criação de sanções que materializem a ideia de prevenção, mas que não comportem a necessidade de uma censura ético-social nem qualquer referência ao elemento da expiação da culpa – o que é dizer, a sanção contra pessoas colectivas não consiste numa *pena em sentido clássico* que parte da liberdade humana e censura pessoais.

⁶⁰⁹ - ROCHA, Manuel António Lopes da – “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas”, 1998, p. 485.

DA SILVA⁶¹⁰ comenta que não é relevante o destinatário final das normas penais, no sentido de ser pessoa individual ou colectiva, pois, o que realmente importa “(...) *são os bens jurídicos a proteger e as formas de agressão a considerar como penalmente significativas*”. O princípio da intervenção mínima do direito penal nada teria a dizer quanto à classe de agentes passivos do direito penal, pelo que pareceria a GERMANO MARQUES DA SILVA *contraditório* que se admitisse a responsabilidade administrativa de pessoas colectivas, e se o não fizesse quanto ao direito criminal. Ora, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁶¹¹ esclarece que são compreensíveis as reiteradas transferências de tutela, em certas matérias, do direito penal para o âmbito do direito administrativo (sancionatório), numa espécie de “Direito de Intervenção”. Contudo - e este é que é o ponto fundamental - não se pode misturar estas situações com aquelas em que as ofensas praticadas já o são em grau suficientemente elevado e por isso, individualmente atentatórias de bens jurídicos a que o direito penal confere (ou devia conferir) a tutela respectiva. Por outras palavras: não se pode atribuir a sanções administrativas, ainda que reforçadas, a protecção de interesses e valores que não cabem no seu âmbito.

3. Porque não um novo modelo de reacção penal aplicável a pessoas colectivas?

Muito sucintamente, BERND SCHÜNEMANN sugere a imposição de sanções independentes de culpa⁶¹² a pessoas colectivas, porquanto devidamente

⁶¹⁰ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 115 e ss.

⁶¹¹ - Vide DIAS, Jorge de Figueiredo - “O Direito Penal na ‘Sociedade do risco’”, 2001, pp. 166 e ss.

⁶¹² - Veja-se que a imposição de sanções a pessoas colectivas que não pressuponham culpa não choca, por exemplo, o ADÁN NIETO MARTÍN que chega a manifestar dúvidas quando à impossibilidade de se aceitar uma responsabilidade objectiva das pessoas colectivas atendendo a que o suporte axiológico da culpabilidade consiste no princípio da dignidade humana e, como tal, dificilmente pode afectar o modelo de responsabilização das pessoas colectivas. Assim, MARTÍN, Adán Nieto - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, 2008, p. 7.

legitimadas em outros pressupostos, semelhantes às medidas de segurança⁶¹³. O Autor apresenta uma solução que radica em um puro «estado de necessidade» de protecção de bens jurídicos e que deve resultar na fixação de uma sanção sobre a pessoa colectiva que funcionaria nos seguintes termos: uma vez detectado o cometimento de um crime a partir da estrutura organizacional do ente colectivo e em seu benefício e inviabilizada a identificação dos seus autores materiais, deveria o ente responder criminalmente desde que (i) se apurasse da falta ou incompletude de medidas de direcção ou vigilância adequadas a *evitar* o delito cometido ou (ii) a existirem tais medidas, que elas *dificultassem* substancialmente o cometimento do crime ou ainda (iii) permitissem a identificação do autor material⁶¹⁴. O ilustre Penalista, em obra que remonta a 1979, julgava inexistente a necessidade político-criminal de aplicação de sanções às pessoas colectivas quando já se havia punido o agente individual. Já não guarda, porém, esta opinião relativamente a crimes que indiciem uma *atitude criminal colectiva*⁶¹⁵, reconhecendo que, quanto a estes, só se irá atingir uma eficiência preventiva real do direito penal se se *combinarem* as sanções individuais e colectivas. A culpa, relembra BERND SCHÜNEMANN, pressupõe a capacidade do indivíduo de actuar diferentemente, isto é, a concreta capacidade de evitar um comportamento criminoso, capacidade esta que é empírica e que não pode ser substituída, sem mais, por uma imputação normativa⁶¹⁶. Acresce que as normas penais consubstanciam normas de comportamento que proíbem acções danosas de determinados indivíduos e acções neste sentido só podem ser cometidas por sujeitos singulares. O Autor propõe um modelo que se funda no

⁶¹³ - V. SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, 2009, p. 126.

⁶¹⁴ - A legitimidade da imposição de uma sanção desligada do princípio da culpa radicaria na sua limitação aos casos de necessidade de prevenção - v. SCHÜNEMANN, Bernd – *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, pp. 553 e ss.; partilhando de alguns desses pensamentos, TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva «nos crimes de Empresa»*, 2010, pp. 440 e ss. Este Autor vê no princípio da proibição do excesso (ou da necessidade) a prescrição ao abrigo da qual a intervenção jurídico-penal em pessoas colectivas se deva circunscrever aos «espaços de irresponsabilidade organizada individual», inerentes à complexidade estrutural daquelas e que demonstram a verdadeira insuficiência da responsabilidade penal individual, numa posição que é declaradamente defensora da natureza residual a atribuir ao princípio *societas delinquere potest*.

⁶¹⁵ - Vide SCHÜNEMANN, Bernd – “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, 2009, pp. 134 e ss.

⁶¹⁶ - SCHÜNEMANN, Bernd – “Criticisming the notion of a genuine criminal law against legal entities”, 1999, p. 228.

dever de organização da pessoa colectiva e no cometimento de delitos devido à organização negligente desta. As normas dirigidas à pessoa colectiva têm como objectivo a *protecção indirecta* de bens jurídicos, ou seja, a sua violação não despoleta, necessariamente, consequências directas exteriores. Desta forma, e segundo o modelo defendido pelo Autor, dispensa-se a culpabilidade de um agente individual e a imputação de um facto individual à pessoa colectiva. Com a responsabilização de pessoas colectivas não se pretende, exactamente, olhar para o facto passado, numa perspectiva punitiva mas antes visar o melhoramento da pessoa colectiva enquanto organização e mediante uma apreciação da sua medida de incapacitação e defeito⁶¹⁷.

Em *águas semelhantes*, “navega” ZUGALDÍA ESPINAR⁶¹⁸, defensor da criação de uma teoria jurídica de delito específica das pessoas jurídicas, que seja património de um direito penal dito *especial*, mas que, em paralelo com a inimputabilidade dos menores e dos jovens, estabeleça os seus pressupostos e as suas sanções sem renunciar a ser *parte integrante* do direito penal, partilhando de todas as suas garantias. GERMANO MARQUES DA SILVA⁶¹⁹ alude a esta ideia. Aceitar que as pessoas colectivas sejam responsáveis penalmente não pressupõe que *todo* o direito penal lhes deva ser plena e directamente aplicável. Ao lado de outros modelos já admitidos por lei – como o direito penal de imputáveis, o direito penal de inimputáveis adultos e de inimputáveis menores – seria de (re)pensar um novo modelo de reacção penal aos entes colectivos baseado em diversos pressupostos por contraposição à culpa. Também MARIA JOÃO ANTUNES⁶²⁰ entende restarem duas alternativas: ou bem que se resiste à responsabilização penal das pessoas colectivas ou bem que, por outro lado, se *autonomiza* o direito penal das pessoas colectivas, do direito penal de sujeitos individuais, «trilhando um caminho desviado de um pensamento analógico».

⁶¹⁷ - SCHÜNEMANN, Bernd – “Criticisming the notion of a genuine criminal law against legal entities”, 1999, pp. 231 a 233.

⁶¹⁸ - Referenciado por DIÉZ, Carlos Gómez-Jara – “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, p. 05:22.

⁶¹⁹ - SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, pp. 121 a 123.

⁶²⁰ - ANTUNES, Maria João – “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal”, 2009, p. 459.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ⁶²¹ considera questionável, sob um ponto de vista utilitarista e de *ultima ratio* que se recorra a *penas*, uma vez que seria possível obter resultados preventivos aproximados com medidas menos graves, não fazendo esquecer que a maioria das medidas previstas incidem de forma gravíssima sobre terceiros, vulnerabilizando o princípio da pessoalidade das penas. Semelhantes medidas só poderiam dever ser legítimas em casos de «peligro extremadamente grave de lesión de bienes jurídicos de suma importancia».

Enfim, GÜNTER HEINE⁶²² é apologista de um modelo diferenciado de responsabilização de entes colectivos por se recusar a aceitar a admissibilidade destas em um Direito Penal da culpa ou no Direito das medidas de segurança, louvando a ideia de BERND SCHUNEMANN de um estado de necessidade de prevenção. Desta forma, criar-se-ia um direito penal de entes colectivos autónomo face ao Direito Penal individual, que seria orientado para os riscos sistematicamente produzidos pelas pessoas colectivas. O Autor pretende que se passe a exigir do ente colectivo não o respeito por certos deveres de diligência, mas antes a imposição de uma «regulação dinâmica do perigo a longo prazo», cuja finalidade seria a de prevenção de eventuais riscos e uma constante adaptação aos novos riscos e aos novos padrões de segurança. Como tal, não estaria em causa uma culpa por um *facto* singular ou uma culpabilidade como reprovação sobre determinada decisão delituosa, mas antes a «culpa pela condução do estabelecimento ou empresa». Ora, os «riscos sistemicamente produzidos» pelas pessoas colectivas reclamam um alargamento temporal do ponto de vista da dogmática, recorrendo-se a uma pré-responsabilidade colectiva proveniente da «criação de organizações complexas e da exploração de fontes de perigo»⁶²³. Este Direito Penal de entes colectivos afastar-se-ia do direito penal individual (orientado nas suas sanções para o facto passado), sendo *prospectivo* e, como tal, visando reforçar a auto-responsabilidade e a auto-organização das pessoas colectivas.

⁶²¹ - SÁNCHEZ, Jesús-María Silva – “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español”, 1995, pp. 367 a 368.

⁶²² - Autor citado por BRITO, Teresa Quintela de - *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, I, 2012, pp. 881 a 918.

⁶²³ - *Idem*, p. 883.

CONCLUSÃO

PARTE I:

1. A “Sociedade do Risco”, fruto do desenvolvimento tecnológico e da globalização, trouxe *novos* riscos e perigos – ou incrementou os já existentes – para os quais o Direito Penal não só não estava preparado, como não é, sequer, adequado.
2. Sensíveis aos argumentos da necessidade de protecção de bens jurídicos supraindividuais e da elevada nocividade de actuais acções ou omissões, outra não pode ser a orientação senão no sentido de que o Direito Penal terá de ser *flexibilizado e funcionalizado* à prevenção e repressão dos novos riscos.
3. Não obstante, não é com a desformalização e total descaracterização do Direito Penal clássico que se irá prover às hodiernas necessidades.
4. Mas antes, com a instituição de um direito penal «a duas velocidades», tal como preconizado por JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, que se demarcaria do Direito Penal comum pela espécie de bens jurídicos que tutelaria, pela ligeira objectivização das regras de imputação, recurso a medidas de segurança ou outras medidas conexas, específicas deste novo Direito Penal e de cunho integralmente preventivo, com manutenção da sua exclusiva aplicação por intermédio do poder judicial.
5. Com a instituição de um Direito Penal que, reconheça-se, ver-se-ia despojado do seu cariz ético e ontológico e quebrado nas exigências impostas pelo princípio da culpabilidade em prol da supremacia de princípios como o da proporcionalidade e da necessidade.
6. Não admira, pois, que o problema da responsabilidade penal de entes colectivos se insira nesta temática mais asta, por serem elas a desempenhar, hoje, um papel preponderante na sociedade. Pelo que, de igual modo, não é de espantar que se defenda para as pessoas colectivas um tratamento/resposta por

parte do Estado em termos idênticos ao do *novo* direito penal indicado nos dois pontos anteriores.

7. *Societas delinquere potest?* Sim... e não.

8. Não, se se pensar que todo e qualquer ente colectivo é susceptível de responsabilização criminal. Neste seguimento, é fulcral apreender que a noção de sujeito colectivo para efeitos civis, por exemplo, se basta com a atribuição de personalidade jurídica. Se basta com o reconhecimento de que as pessoas colectivas são sujeitos de direitos e de deveres a que o ordenamento jurídico-civilístico atribui uma *vontade*, enquanto vontade legalmente imputada e porquanto emanada de órgãos e representantes legais, nos exactos termos em que a lei o prevê.

9. Não é a personalidade jurídica que irá determinar se uma pessoa colectiva é passível de responsabilização penal. O conceito de sujeito penalmente relevante exige mais e é por isso que é distinto do conceito de sujeito civil.

10. Consequentemente, para o Direito Penal só poderão relevar entidades juridicamente autónomas, independentes dos concretos membros que a compõem e em que se tenha procedido verdadeiramente à institucionalização de fins e meios necessários à sua consecução. Isto não significa que se não pudesse aplicar o mecanismo previsto no artigo 111.º do CP nos casos em que haja uma heteroadministração da pessoa colectiva, porquanto o ilícito criminal não pode ser compensatório para a mesma.

11. Por contraposição ao Direito Civil e ao instituto do “levantamento da personalidade jurídica”, o Direito Penal parte indiscutivelmente da pessoa singular, na procura do indivíduo ou indivíduos que cometeram o ilícito-típico.

12. A organização-instituição em causa deverá ser auto-organizada e auto-referenciada, desviada de uma total *heteroadministração*, razão pela qual estariam excluídas do Direito Penal, a par das denominadas «sociedades de fachada» ou «sociedades-espantalho».

13. A não ser assim, estaria aberto o caminho à violação do princípio constitucional *ne bis in idem*, com a dupla punição de um mesmo sujeito por um mesmo facto (pessoa singular) ao ser responsabilizada a pessoa colectiva, como se de um ente autónomo se tratasse.

14. É neste enquadramento que se pode defender que os entes colectivos de menor dimensão serão os que mais problemas podem trazer ao nível da eventual violação do princípio da proibição de dupla incriminação ou do princípio da intransmissibilidade das penas, por subjazer à pessoa colectiva um número determinado de sujeitos que a dominam de forma tal e que fazem dos seus interesses pessoais, os interesses da pessoa colectiva que, na realidade das coisas, se *não* possa falar de sujeitos distintos.

15. Os fundamentos apontados para a responsabilização penal de entes colectivos são claros e justificáveis. É inegável a *necessidade* de fazer responsabilizar os entes colectivos pela violação de bens jurídicos fundamentais que resultam da sua actividade ou da sua má organização, patentes na insuficiência da responsabilização penal das pessoas singulares que a integram.

16. São inegáveis as motivações de política criminal que impulsionam a consagração da responsabilidade penal de entes colectivos, marcadas na sua essência, por razões pragmáticas e utilitaristas. Também as dificuldades de prova na identificação e imputação do facto criminoso a um agente determinado clamam pela responsabilidade das pessoas colectivas.

17. Mas, acima de tudo, é o dever de auto-regulação e auto-organização (*self-policing*) que remata a necessidade e a legitimidade de uma intervenção penal junto de entes colectivos, representando o contraponto *natural* da permissão conferida pelo Estado de se instituírem e prosseguirem com a sua actividade e com os seus interesses.

18. Ora, a imputação de um facto criminoso a pessoas colectivas reveste alguma particularidade quanto à categoria dogmática da tipicidade, colidindo frontalmente com a categoria da culpa.

19. É na constatação da alteridade como matriz essencial do agir das pessoas colectivas que se erige o modelo da responsabilidade indirecta. Este modelo respeita, por isso, o modo de actuar inerente às pessoas colectivas e os requisitos impostos pelo Direito Penal e pelas suas normas para que se preencha o ilícito-típico.

20. Contudo, é precisamente esta alteridade que tornará o modelo de responsabilidade indirecta ineficaz e desvantajoso.

21. Ineficaz, porque carece da identificação dos sujeitos que individualmente agiram no seio da pessoa colectiva, deixando por resolver os casos que mais urgem por uma solução: os casos de irresponsabilidade individual organizada.
22. Desvantajoso, porque *tudo* pode contra pessoas colectivas pequenas, com uma estrutura orgânica simples e que permite uma rápida e fácil identificação dos sujeitos que agiram (ou deveriam ter agido); e porque *nada* pode contra pessoas colectivas de maior dimensão e envergadura, com processos de decisão e de acção descentralizados e até, de clara fungibilidade dos agentes que a compõem, factores que impedem a identificação dos sujeitos que actuaram.
23. Por seu turno, o modelo de autoresponsabilidade de pessoas colectivas, consabidamente de teor mais objectivo, dispensa a procura de um facto de conexão realizado por agentes individuais, assentando a sua razão de ser no defeito ou deficiência de organização da pessoa colectiva.
24. Como tal, a este modelo se atribui o mérito de haver realçado o que realmente importa quanto às pessoas colectivas: a falta de organização e de controlo preventivo *adequado* e *exigível* por parte destas. E a este modelo há que reconhecer a eficácia que não é passível de ser alcançada pelo modelo de heteroresponsabilidade.
25. Consequentemente, o modelo de autoresponsabilidade fez denotar que o real juízo de censurabilidade que recai sobre o ente colectivo prende-se com a violação do dever de se auto-regular e auto-organizar, que em termos de *causalidade* degenerou em um ilícito-típico cometido por pessoas singulares.
26. A ele se deve a constatação de que o juízo de reprovação que incidirá sobre a pessoa colectiva não se relaciona *directamente* com o crime cometido, mas com a falha na prevenção dos riscos e no controlo da sua eventual perigosidade. Realidade esta que é plenamente decorrente e consentânea com um dos principais fundamentos que subjazem à responsabilização de entes colectivos: o seu *dever* de auto-regulação.
27. Sobre o artigo 11.º do CP numa perspectiva de direito constituído: (i) nele encontra-se consagrado um modelo de heteroresponsabilidade que qualificaríamos como de *corrigido*, uma vez que se desprende das amarras de uma *identification doctrine* ou doutrina organicista; (ii) bem andou o legislador ao alargar o âmbito de pessoas *aptas* a responsabilizar o ente colectivo (sujeitos

com posição de liderança) através do n.º4 do artigo 11.º, conferindo importância àqueles que desempenham funções de autoridade e que mais facilmente podem *denunciar* a deficiência da organização (iii) igualmente louvável é o disposto no n.º2, alínea b), do artigo 11.º, inspirado na concepção de défice de organização, não obstante diferenciar-se da sua versão originária “apenas” por pressupor a violação de um dever especial a cargo de um agente determinado, ao invés de se bastar com a violação de um dever geral de vigilância que compita à pessoa colectiva; (iv) o ente colectivo não é responsabilizado quando o acto a imputar não dimanar de um órgão, de um representante ou de alguém que assuma o controlo da sua actividade ou de parte dela no exercício vinculado das suas funções. Será isto suficiente? Se o for, então não se dará por verificado o respeito pelo princípio da responsabilidade penal por *facto* e por *culpa* próprios, limitando-se a operar uma sua transferência da esfera individual para a esfera colectiva; (v) nos termos em que se encontra previsto e atendendo a certa corrente doutrinária, o n.º6 do artigo 11.º parece efectivamente consagrar uma presunção de culpa face à pessoa colectiva, demonstrando, assim, a existência de um nexo de imputação objectiva a subjazer ao modelo de imputação contido no artigo 11.º. Este o motivo que leva a que, na *praxis*, vingue o entendimento de que, uma vez condenados os agentes individuais, a responsabilização da pessoa colectiva opere quase *automaticamente* (vi) o artigo 11.º, n.º7, contudo, ao admitir a responsabilização cumulativa da pessoa singular e da pessoa colectiva, só se afigura legítimo se der guarida à *indispensável* diferença entre o *quid* por que se condene uma e outra, pois só desta forma não ocorre a violação do princípio *ne bis in idem*. O n.º7 parece pressupor que se encontre no facto cometido o necessário reflexo da política organizacional colectiva ou de uma sua falha de organização, que *justifique* que se fale em um verdadeiro facto colectivo; (vii) ainda, o mesmo artigo 11.º, n.º7 não formula de modo inequívoco a sua pretensão quanto à não dependência da *responsabilização* da pessoa singular para se intervir junto da pessoa colectiva; ainda assim, deve este número bastar-se com a prática de um acto típico e ilícito pelo sujeito individual, não sendo de exigir a sua efectiva condenação.

28. A responsabilidade da pessoa colectiva não *substitui*, nem impede a responsabilização criminal de agentes individuais.

29. É nossa convicção a de que a responsabilização cumulativa dos agentes individuais e dos entes colectivos – quando possível - é a que melhor resposta dá aos ensejos de uma tutela penal condigna dos bens jurídicos lesados.

30. Não se deve enveredar, contudo, por uma lógica de *correspectividade* nas sanções a aplicar e na sua medida face a uns e outros, precisamente por se tratarem de responsabilidades diversas, com diferentes fundamentos e a que correspondem juízos de censurabilidade distintos.

31. É *inconstitucional*, por violação do artigo 18.º, n.º2 da CRP e por ser inadmissível uma intervenção mais ampla dos poderes públicos no direito criminal por comparação ao direito contra-ordenacional, a consagração de um critério de imputação mais restritivo no RGIMOS do que no código penal. Mas é, acima de tudo, *incompreensível* que o RGIMOS prossiga nessa mesma consagração.

32. As reacções penais a aplicar a entes colectivos serão *balizadas/limitadas* pelo crime cometido por um ou mais agentes individuais, verdadeiros *sujeitos* daquele. O crime (facto típico e ilícito) não se reduzirá, por isso, a mera condição objectiva de punibilidade. Facto é que o juízo de censura sobre a pessoa colectiva não se lhe reconduz directamente.

33. Não nos conformamos com um conceito de *culpa penal* de pessoas colectivas. Ele não pode radicar na mera formulação de uma reprovação jurídica ou juízo de censurabilidade pela prática de um ilícito. A censura jurídico-penal não é igual às demais. Se o ponto de vista adoptado for o da mera transmissão de culpa de determinados agentes físicos para a pessoa colectiva, mesmo que por via analógica – modelo indirecto de culpa atribuída – então não se estará perante uma verdadeira culpa própria de entes colectivos, em violação do princípio da responsabilidade penal por facto e por culpa própria.

34. Do conteúdo material de culpa participa necessariamente uma conotação ética, assente na liberdade do Homem, na consciência de si mesmo, motivável e passível de se determinar por si só. As pessoas colectivas são por *natureza* sujeitos insusceptíveis de enquadramento em um direito penal que se quer absolutamente individual e humanista, sendo insusceptíveis de aplicação de penas. Correspectivamente, a culpa normativa e social que se diz ser culpa

própria de pessoas colectivas, não se enquadra no conceito de culpa ética exigida pelo Direito Penal.

35. Por mais que se defenda uma autonomia ou auto-referencialidade em relação às pessoas colectivas, a sua *personalidade*, a *corporate culture*, o *espírito de grupo* é sempre, em última instância, modelado pela conduta de pessoas físicas que a dirigem. É precisamente a alteridade – característica de entes colectivos – que a torna insusceptível de actuar e decidir por si mesma.

36. A responsabilização de entes colectivos respeita a uma violação de (norma de) dever de agir de acordo com as exigências do direito, que não se confunde com uma culpa/poder de agir de outra maneira ou de escolha motivada e consciente pelo ilícito.

37. A criação de *dolo* da pessoa colectiva é absolutamente *ficcional*, resultante da soma de parcelas de (alegados) conhecimentos repartidos entre os indivíduos que integram a empresa, que acabará por levar a concluir pela existência de dolo colectivo em *múltiplas* situações.

38. A falta de organização que se censura ao ente colectivo representa a criação de um ambiente propício ao cometimento do ilícito, ilícito este que tanto pode ser ou não despoletado, numa lógica bem mais consentânea com a ideia de perigo ou de risco.

PARTE II:

39. É a jusante do Direito Penal que se reflectirão grande parte dos esforços dirigidos à edificação de um Direito Penal sólido, legítimo e eficiente, pois que, em última instância, o que contribuirá para a manutenção e eficácia do direito penal serão as consequências previstas para os agentes incumpridores da lei e os efeitos que se enseja sobre toda a sociedade.

40. As virtualidades das teorias absolutas da pena são superiores às suas imperfeições, não fosse o princípio da culpa um legado seu, tornando-a condição indispensável para aplicação de uma pena a um agente.

41. A teoria da prevenção especial, sobretudo na sua vertente positiva ou de socialização, é tanto prezável, como indispensável. É imperioso que ao mal da

pena se faça juntar um efeito social-positivo, acrescido do pensamento da prevenção individual como componente irrenunciável das finalidades da pena.

42. Com a aplicação de uma pena deve aspirar-se a algo mais ambicioso do que *evitar*, apenas, condutas danosas e perigosas no futuro. O Direito Penal haverá que influir positivamente na consciência ético-social do cidadão.

43. O marco singular das teorias unificadoras das finalidades da pena – teoria diacrónica dos fins da pena – consistiu na chamada de atenção para o facto de as finalidades das penas se manifestarem primacialmente em momentos diferenciados do processo de cominação, escolha e determinação da pena a aplicar.

44. A teoria da reparação dificilmente poderá funcionar como uma terceira via do sistema sancionatório, em razão da sua nula contribuição para finalidades preventivo-gerais. Ainda assim, a ocorrer, deveria ser limitada a crimes que afectem bens jurídicos individuais, sendo a solução adoptada pelo código penal português a que melhor se coaduna ao sistema, por não menosprezar os seus louváveis efeitos sobre a medida, execução e dispensa da pena.

45. Não obstante a ressalva feita pelo Decreto-Lei n.º48/95, de 15 de Março, que alterou o código penal português de 1982, de que não teria o propósito de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins da pena, certo é que o artigo 40.º veio provar o contrário, positivando a supremacia *preventiva* das finalidades da pena e diminuindo o papel da culpa a mero critério limítrofe da medida da pena. Contudo, não se pode encerrar uma temática que até hoje não se dá por consumada ou definitivamente assente. O artigo 40.º do CP deverá consubstanciar, apenas, uma orientação para o julgador, sendo que o teor do artigo 71.º do CP - que continua a prever no elenco das circunstâncias relevantes para a determinação da medida da pena o *grau de culpa* do delinquente – reforça a permanência da finalidade retributiva no ordenamento jurídico-penal português.

46. Em termos genéricos, a justiça que se faz no presente leva em consideração o facto pretérito e projecta consequências para o futuro. A culpa opera como um verdadeiro índice das necessidades de punição e merecimento de pena por parte do agente, necessariamente complementada por perspectivas preventivas. A

culpa é, por isso, pressuposto, fundamento, critério de medida da pena e limite da pena.

47. Condenar em uma sanção com o fim de punir, de compensar a culpa demonstrada no ilícito é reconhecer a escolha efectuada pelo agente, é atribuir relevo à sua autoconsciência e autodeterminação, nada mais, nada menos, que emanções do princípio da dignidade da pessoa humana.

48. Recusa-se uma insanabilidade entre culpa e prevenção, caminhando a justa retribuição lado-a-lado com as expectativas da comunidade, viabilizando-se a reafirmação da norma violada.

49. É nossa convicção a de que é da junção de ambas as teorias (retributivas e preventivas) que sai o melhor das finalidades da pena, servindo a prevenção especial para ditar a adequação das penas ao agente em causa, operando como um *ajuste final* à pena. O que é dizer: em caso de conflito entre a pena adequada à culpa e a pena que se impõe para efeitos de prevenção especial, deve ser concedida preferência à última.

50. O campo aúreo da finalidade de prevenção geral positiva situa-se a montante do momento de determinação da pena, aquando da concreta positivação pelo legislador do tipo legal de crime e da moldura penal abstracta correspondente. Eleger a protecção de bens jurídicos a finalidade primária da pena parece-nos algo redundante: afinal, não é essa a *função* do Direito Penal globalmente considerado?

51. Em conexão com a desejada eficácia da pena é indispensável uma sua aplicação pronta, rápida e eficiente. Não é só de penas implacáveis que o direito penal “engrandece”. É também fundamental a certeza da condenação e aplicação de uma pena.

52. Em paralelo com a íntima relação existente entre o Direito Penal Económico e a criminalidade colectiva, pode dizer-se que tal afinidade é extensível às finalidades prosseguidas com as sanções criminais respectivas (principalmente, com a finalidade de prevenção geral negativa).

53. Na área do penal económico é importante fazer valer, através das penas, as vestes educativa, de regulação social e de integração da norma violada, servindo de interpelação social quanto à relevância dos bens jurídicos que se intenta proteger.

54. Ao passo que no Direito Penal clássico a não responsabilização de um determinado agente não faz surgir, de imediato, dúvidas ou hesitações na consciência jurídica comunitária quanto à validade intrínseca dos bens jurídicos tutelados, em sentido inverso, no Direito Penal Económico é a sanção que efectivamente promove a consciencialização das condutas adequadas à lei junto da sociedade. A prevenção geral é paradigmática, seja pela via de intimidação, ameaça e dissuasão, seja pela via positiva da integração normativa, difusão e instrução de um *dever ser* socialmente *amortecido* nestas matérias.

55. *Sharp-Short-Shock*. De igual modo, a prevenção geral negativa reveste-se de peculiar importância, atenta a estrita racionalidade económica que subjaz à actuação dos seus agentes e que os move para a prática de delitos económicos, porquanto verdadeiramente compensatórios.

56. O *white-collar criminal* pretere a regulação específica do seu meio quotidiano e profissional e renega os valores supraindividuais protegidos pela norma violada, em prol de prosseguir um só e único interesse: o seu. Ora, deve isto significar uma exigência acrescida de retribuição, a par de uma carência de socialização, pelo que é de concluir pela aplicação da finalidade de prevenção especial positiva também à criminalidade económica. Requer-se destes agentes um acréscimo de cuidado e responsabilidade face às implicações das actividades que desenvolvem ou do meio em agem.

57. O estado de espírito dos agentes individuais que actuam no âmbito de pessoas colectivas é especial. Eles actuam na convicção de que agem protegidos pelo *escudo protector* da pessoa colectiva face à perseguição criminal e à imputação do ilícito-típico, sendo mais insensíveis quanto às consequências jurídicas previstas.

58. Para sancionar eficazmente uma pessoa colectiva necessário se torna apurar da *causa* do ilícito. Depois, haverá que moldar a sanção a essa causa concreta e à organização sectorial ou geral implicada, pois que só assim se conseguirá revigorar e preencher a finalidade ressocializadora e integrativa da pena.

59. A pena colectiva funciona como uma advertência à pessoa colectiva para o cumprimento dos seus deveres.

60. É inevitável aceitar a presença (e o domínio) da finalidade da prevenção especial positiva nas penas previstas para as pessoas colectivas. A prevenção

especial é a finalidade mais consentânea com o juízo de reprovação susceptível de ser atribuído às pessoas colectivas. Tal não significa que não se possa atender a outros fins como a reparação, inocuização ou prevenção geral positiva, embora a um nível acessório.

61. Consentânea com a linha argumentativa apresentada, a responsabilização criminal das pessoas colectivas não pode prosseguir finalidades retributivas, no sentido de compensação da culpa com a pena, de retribuição de uma escolha livre, consciente, motivada e voluntária pelo ilícito, enfim, de *interiorização* pelo agente da maleficência da sua actuação, que pressupõe uma consciência ética inexistente nas pessoas colectivas.

62. O julgador beneficia de uma maior margem de liberdade e de actuação quando perante entes colectivos, por lhes não ser aplicável toda uma série de limitações impostas por princípios constitucionais directamente ligados à essência do ser humano e a ideais onto-antropológicos e humanitários, dos quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana.

63. Em paralelo com as finalidades das penas aplicáveis a pessoas singulares, não é necessária a positivação das finalidades da pena quanto a entes colectivos, ainda que se trate de uma questão *nova*, que acarreta diferentes contornos face à punição de sujeitos individuais. No entanto, para este caso em específico, revelar-se-ia de real utilidade.

64. É a natureza, estrutura organizacional e condições dos agentes colectivos que têm palavra a dizer junto do aplicador do direito no momento da escolha da pena.

Parte III:

65. A inaplicabilidade da pena de prisão a entes colectivos não é fundamento suficiente por si só para se recusar a responsabilidade penal destas. Importante é divisar sanções que as afectem de modo *análogo*. Haverá que atingir as pessoas colectivas na sua liberdade, no seu património e no seu prestígio, com claro predomínio do modelo estrutural formulado por JOHN COFFEE.

66. Nos casos em que a pena de dissolução seja aplicada a pessoas colectivas criadas de raiz para desígnios criminosos – sociedades-fachada e espantalho – não podemos considerar estar perante uma *pena* propriamente dita, mas antes perante um instituto semelhante à perda de instrumentos do crime, por estar em falta o sujeito institucionalizado/colectivo. Nos outros, em que se esteja perante um (verdadeiro) sujeito penalmente relevante, a pena de dissolução apresenta-se em termos estritamente punitivos e repressivos. Impõe-se a regulação do procedimento de dissolução da entidade colectiva a par de mecanismos eficazes para assegurar a sua execução (a que se deveria juntar interdições a agentes físicos).

67. A pena de multa é a pena aplicável por excelência a entes colectivos e aquela que reveste, sem lugar para dúvidas, a natureza de uma pena criminal. Ela é calculada com base no crime cometido, na *culpa* da pessoa colectiva e nas condições pessoais da mesma. A sua vertente intimidatória pode sair afectada por não ser passível de conversão em pena de prisão. A pena de multa prossegue um escopo claro de punição, podendo colidir de forma séria com os direitos de accionistas e trabalhadores, que são inevitavelmente atingidos por esta pena, o que se pode tornar problemático atento o princípio da intransmissibilidade das penas. O uso reiterado da pena de multa pode conduzir à ideia errada de que a criminalidade associada a pessoas colectivas é por estas “comprada” através do mero pagamento da multa. Por outro lado, a sua efectiva repercussão sobre a pessoa colectiva é problemática.

68. O artigo 11.º, n.º 9 do CP contempla uma situação de transmissibilidade da pena de multa. O único caso que se ajuíza legítimo é o da alínea a), do n.º 9, do artigo 11.º, porquanto aparente destinar-se aos agentes em posição de liderança dos casos previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º.

69. A pena de admoestação é inócua e destituída de profícua finalidade quando dirigida a um ente colectivo. Não surpreende, pois, que à aplicação de uma pena de admoestação a lei imponha a pena de publicidade da decisão condenatória.

70. Duvida-se da eficácia da pena de caução de boa conduta, sobretudo se desacompanhada de injunções à pessoa colectiva que se destinem a *reformá-la* em ordem a não voltar a delinquir, sendo certo que, também por violação destas

injunções, o Estado deveria poder declarar perdida a seu favor *parte* da caução prestada.

71. A pena de vigilância judiciária é extremamente promissora, sendo uma sanção com finalidades repressivas como, acima de tudo, reabilitadoras. Ela expressa claramente uma natureza que se aproxima de uma medida de segurança e de controlo sobre uma fonte de comprovada perigosidade. Ainda assim, carece de maior exploração e de regulação quanto às competências do representante judicial.

72. A pena de injunção judiciária é outra sanção que vem no encalço de uma finalidade estritamente preventiva e focada no futuro, visando a corrigibilidade do delinquente e apresentando efeitos colaterais praticamente nulos.

73. A pena de interdição do exercício de actividade, quando temporária, denota um cunho essencialmente punitivo e de inocuização, sendo praticamente inexistentes os requisitos para a sua aplicação face ao preceituado no artigo 100.º quanto a pessoas singulares. Já na sua versão definitiva, ela representa um incentivo ao bom comportamento da pessoa colectiva, embora em termos algo generalizados, sem se exigir, sequer, para uma possível reabilitação qualquer prova por parte da pessoa colectiva quanto a melhoramentos em relação às causas/falhas organizacionais que geraram o crime cometido.

74. Quanto à pena de encerramento de estabelecimento é de recordar as cautelas necessárias aquando da sua aplicação, pois ela pode facilmente converter-se em pena de dissolução dissimulada. Nota positiva para a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores e para a exequibilidade da pena mesmo nos casos em que opere a transmissão do estabelecimento (sob verificação de determinados pressupostos).

75. A pena de publicidade da decisão condenatória é assaz apropriada a entes colectivos, com efeitos óbvios de intimidação e repressão. Não admira, pois, que ela tenha sido apontada como uma pena *preferível* à pena de multa sobre pessoas colectivas aquando do IV Congresso Internacional de Direito Penal Económico de Bucareste (Outubro de 1953).

76. Inexistem no código penal português regras específicas de escolha, determinação e execução das penas aplicáveis a entes colectivos que sejam adequados à sua natureza. Deverá ser aplicado o artigo 71.º do CP, com as

necessárias adaptações, nomeadamente, a exclusão das alíneas b) e c), sendo que o julgador necessita de tomar em devida conta as medidas que surtam menores efeitos sobre terceiros.

77. O leque de sanções legalmente previsto é satisfatório na sua variedade e nas suas potencialidades. A sua heterogeneidade confirma a *diferente* natureza destas sanções, que não se reconduzem totalmente ao conceito de pena, por a maioria das sanções não serem determinadas em função da culpa do agente no facto cometido, numa perspectiva virada para o pretérito e compensatória dos efeitos criminosos. Pelo contrário, nelas são depositadas expectativas de futuro na conciliação ou concertação da pessoa colectiva com os seus deveres de organização e fidelidade ao Direito.

78. São as penas acessórias e a pena de vigilância judiciária as mais adequadas à criminalidade colectiva e as que denotam raízes bem mais consentâneas com as medidas de segurança, seus fundamentos e pressupostos, sendo proporcionais ao defeito ou falha da organização e visando indirectamente o crime cometido.

79. O código penal não esgota todas as possibilidades sancionatórias existentes.

80. Após consulta aos mais variados ordenamentos jurídicos nacionais e supra-estaduais, constata-se que as consequências jurídicas/medidas/sanções/penas que são destinadas às pessoas colectivas são praticamente as *mesmas*, e isto, independentemente da natureza da responsabilidade que lhes é dispensada.

81. Partindo da defesa de uma diferenciação qualitativa entre o Direito Penal e o Direito das contra-ordenações, não está o legislador legitimado a, sem mais, optar livremente por sancionar a afectação de bens jurídicos fundamentais sob a forma de contra-ordenações ou sob a forma de crimes. Especialmente, quando os fundamentos para tal se arrimassem à diferença entre os sujeitos passivos de tais medidas, ao invés de se ater ao concreto bem que se pretende tutelar. Não se pode atribuir a sanções administrativas, ainda que reforçadas, a protecção de interesses e valores que não cabem no seu âmbito.

82. Não obstante, ousa-se deixar nota de que, para solucionar o grave problema da irresponsabilidade individual organizada, seríamos tentados a consagrar um mecanismo semelhante ao previsto no §30 da OWiG, em nome da violação de um dever geral de controlo e de vigilância que coubesse às pessoas colectivas.

83. Por tudo quanto se expôs, é nossa a certeza de que às pessoas colectivas deveriam ser aplicadas medidas de segurança, regidas pelo princípio da necessidade e da proporcionalidade.

84. Desta forma, não se responsabilizaria a pessoa colectiva somente por um perigo de realização de factos ilícitos no futuro. A concreta medida de segurança que lhe fosse aplicada encontraria no crime cometido os *contornos* e o *limite* para a sua escolha, sendo o indicador da *causa* do crime e da concreta falha organizacional que deve ser corrigida. De entes colectivos só pode ser feito um juízo de perigosidade, já demonstrado com o cometimento de um crime no seu seio e através dos seus meios.

85. Nem sequer resultaria desta posição uma punição *atenuada* dos delitos criminais, nem mesmo por comparação com as pessoas singulares. Pelo contrário, iria ganhar-se em *imediatividade* e *eficiência*, atingindo-se finalidades de foro estritamente preventivo, por via de uma intervenção *penal* mais rápida, mais eficaz e menos limitada por parte de princípios basilares do direito penal clássico. Não para se *escapar* aos princípios e garantias específicos do Direito Penal, mas porque a própria natureza dos sujeitos envolvidos assim o demanda. O princípio da culpabilidade é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, entes colectivos, *não* são seres humanos.

86. Enfim, é preocupação constante da doutrina o não enveredar por debates demasiadamente teóricos e conceptuais. Não conseguimos ver como é que, ao requerer a conformação da dogmática atinente a medidas de segurança ou a criação de uma nova espécie de medidas de teor exclusivamente preventivo, possa constituir uma dificuldade maior face à integração de entes colectivos no Direito Penal, sujeitando-os a verdadeiras penas e criando, para eles, um conceito de culpa estritamente normativo e construído.

BIBLIOGRAFIA

ACHENBACH, Hans, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actuán en su nombre en el Derecho Alemán”, *in: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro-homenaje a Claus Roxin*, coord. Jesús María Silva Sánchez, B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias, Barcelona, Bosh, 1995, pp. 381-407.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, *in: Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Volume II, Setembro de 2006, pp. 627-651, disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe/>

_____, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 75-107.

ANTUNES, Maria João, “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal”, *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 457-459.

ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos, *A responsabilidade penal das pessoas colectivas – em especial a problemática da culpa*, Dissertação de Mestrado Forense Orientado para Investigação, sob orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, Junho de 2010.

BACIGALUPO, Silvina, “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, *in: Revista del Poder Judicial*, 3ª Época, n.º 53, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 49-105.

_____, “ ‘Accessory Consequences’ applicable to legal entities under the Spanish Criminal Code of 1995”, *in: Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 255-266.

BANDEIRA, Gonçalo de Melo, “*Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*”, [Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa], Coimbra, Almedina, 2004.

_____, “A responsabilidade das empresas pelo crime de corrupção: o caso português a partir de uma perspectiva de direito penal, mas também de criminologia”, *in: Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, livro em homenagem a Peter Hünnerfeld, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 805-848.

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, 3ª Edição, tradução de José de Faria Costa, revista por Primola Vingiano, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, Iº Volume, 2ª Edição, revista e actualizada, Lisboa, AAFDL, 1985.

BRAVO, Jorge dos Reis, “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal dos entes

colectivos)”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 2 (Abril-Junho), 2003, pp. 207-250.

_____, *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

BRANDÃO, Nuno, “O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, in: *Jornadas sobre a Revisão do CP*, número especial da *Revista do CEJ*, nº 8, 1º Semestre, 2008, pp. 41-54.

BRITO, José de Sousa e, “Os fins das penas no Código Penal”, in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal, Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, 17 e 18 de Março de 2000, coord. Maria da Conceição Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 155-175.

BRITO, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Volumes I e II, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Maria Fernanda Palma, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

_____, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in: *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 201-225.

_____, “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, in: *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Livro em homenagem a Peter Hünnerfeld*, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1209-1264.

BRODOWSKI, Dominik, PARRA, Manuel Espinoza de la Parra, TIEDEMANN, Klaus, "Regulating Corporate Criminal Liability: an introduction", in: *Regulating Corporate Criminal Liability*, editors Dominik Brodowski, Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann, Joachim Vogel, Berlin, Springer, 2014, pp. 1-7.

CARVALHO, António Crespo Simões de, "A responsabilidade penal das pessoas colectivas", in: *Justiça Portuguesa. Revista de Direito*, Mensal, Ano 5º, n.ºs 49 a 60, 1938 e Ano 6º, n.ºs 61 a 72, 1939, Redacção Condeixa, Gráfica da Lousã.

CARVALHO, José Manuel Costa Tomé de, "Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas", in: *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 118 (Abril-Junho), Lisboa, 2009, pp. 45-96.

CORDEIRO, António Menezes, *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Coimbra, Almedina, 2000.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I, com a colaboração de Figueiredo Dias, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

_____, "Direito penal e direito de mera ordenação social", in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 3-18.

COSTA, Inês Almeida, "Poderá a "reparação penal" ter lugar como autónoma reacção criminal?", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Outubro-Dezembro), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 495-543.

COSTA, José de Faria, "A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal)", in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 501-517.

_____, *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto Editora, 2003.

_____, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, São Paulo, 2008, pp. 867-882.

CUNHA, Paulo Ferreira da, “Das penas e dos seus fins. Recordando narrativas fundadoras em direito penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 1 (Janeiro-Março), Lisboa, 2011, pp. 7-28.

_____, “Ultima ratio – uma (re)visão filosófico-constitucional da ciência do direito penal”, in: *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Livro em homenagem a Peter Hünerfeld*, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 141-183.

DANDURAND, Yvon, “Entertaining realistic expectations about the effect of criminal sanctions imposed on Corporate Entities: Canada”, in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 267-276.

DANNECKER, Gerhard, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in: *Revista Penal*, págs. 40-54, disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/97/92>

DIAS, Augusto Silva, “Crimes e contra-ordenações fiscais”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 439-480.

_____, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra Editora, Outubro, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 19-33.

_____, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação de penas em Direito Penal Económico”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 375-386.

_____, “Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 35-74.

_____, “O Direito Penal na ‘Sociedade do risco’ ”, in: *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 155-185.

_____, *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

_____, *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, 3ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

DIÉZ, Carlos Gómez-Jara, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8, 2006, pp. 05:1-05:27, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>

_____, “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, in: *Política*

Criminal, Volume 5, n.º 10 (Diciembre), 2010, pp. 455-475, disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v5n10/art05.pdf>

DUCOULOUX-FAVARD, Claude, “Quatre années de sanction pénales à l’encontre des personnes morales”, in: *Recueil Dalloz, De Doctrine de Jurisprudence et de Législation, Chronique*, n.º 41, Novembre, Paris, Éditions Dalloz, 1998, pp. 395-398.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía, “Una vez mas sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años despues)”, in: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 Octubre 1992, Serie Derecho Público, Estudios Jurídicos, 1995, pp. 723-727.

_____, “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, in: *Revista del Poder Judicial*, n.º 46, Tercera época, 1997, Madrid, pp. 327-342.

_____, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, in: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord. Gonzalo Quintero Olivares e Fermín Morales Prats, Madrid, Aranzadi Editorial, 2001, pp. 885-905.

FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, Coimbra, Almedina, 2001.

FERNANDEZ, Miguel Bajo, “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículos II y III, Mayo-Diciembre, 1981, pp. 371-379.

_____, "Derecho Penal Económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", in: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 Octubre 1992, Serie Derecho Público, Estudios Jurídicos, 1995, pp. 63-80.

FRANCO, Alberto Silva, "Globalização e criminalidade dos poderosos", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, fascículo 2 (Abril-Junho), 2000, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 183-228.

GOBERT, James, "Corporate Criminality: new crimes for the Times", in: *The Criminal Law Review*, London, October, 1994, pp. 722-734.

GODINHO, Inês Fernandes, *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 2ª Edição [revista e actualizada], Coimbra, Almedina, 2007.

HASNAS, John, "The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability", in: *American Criminal Law Review*, Volume 46, 2009, pp. 1329-1358, disponível em: <http://www.masonlec.org/site/files/2012/03/HasnasACLR.pdf>

HEINE, Günter, *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, 1996, disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf

_____, "Sanctions in the field of corporate criminal liability", in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research

Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 237-255.

ISASCA, Frederico, *Responsabilidade civil e criminal das pessoas colectivas (conteúdo da ilicitude)*, Relatório de Direito Civil do Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, AAFDL, 1988.

JAKOBS, Günther, “Sobre la teoría de la pena”, in: *Revista del Poder Judicial*, nº 47, Tercera época, Tercer Trimestre, 1997, pp. 145-163.

MAGLIE, Cristina de, “Corporate Crime and Sentencing: The Italian Solution”, in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 285-291.

MARTÍN, Adán Nieto, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Madrid, Iustel, 2008, disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/responsabilidad%20penal.pdf

MARTÍNEZ, Rosario de Vincente, “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, in: *Estudios de Criminología II*, coord. Luís Arroyo, Juan Montañés, Cristina Reches, Colección Estudios, 52, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 217-250, disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/las%20sanciones%20penales%20en%20el%20ambito%20de%20la%20delincuencia%20economica.pdf

_____, “Persona Jurídica y consecuencias accesorias”, in: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 8, 2, Año 2002, Thomson Aranzadi, pp. 103-123.

MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena - Finalidades - Escolha. Abordagem crítica de doutrina e jurisprudência*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MEIRELES, Mário Seixas, "Sanções de (e para as) pessoas colectivas", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, nº 4 (Outubro-Dezembro), 2000, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 511-534.

_____, *Pessoas Colectivas e sanções criminais: juízos de adequação, (Contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas colectivas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

_____, "Responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas", in: *Revista Julgar*, nº 5 (Maio-Agosto), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 121-138.

MENDES, Paulo Sousa, "Responsabilidade criminal das sociedades comerciais", in: *Actas das Jornadas de Direito da Actividade Económica. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, 2, Setembro, 1993, pp. 145-172.

_____, "A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal", in: *Direito da Sociedade da Informação*, Volume IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 385-404.

MORÃO, Helena Pinheiro da Costa, *Alguns problemas de comparticipação criminosa no Direito Penal Secundário, Estudo sobre a projecção das estruturas empresariais na conformação dogmática da autoria mediata*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, Setembro de 2002.

_____, "Justiça restaurativa e crimes patrimoniais", in: *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 257 a 279.

MUSCO, Enzo, “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, in: *Revista Penal*, nº 13 (Enero 2004), Madrid, pp. 117-124, disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/195/189>

NANDA, Ved P., “Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?”, in: *Welcoming the World: U.S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Congress of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law*, Volume 58 (Supplement), Editors John C. Reitz, Symeon C. Symeonides, 2010, pp. 605-630.

PALIERO, Carlo Enrico, “La Sanción Administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, in: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 Octubre 1992, Serie Derecho Público, Estudios Jurídicos, 1995, pp. 469-491.

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal I (Parte Geral)*, Relatório apresentado no Concurso para Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997.

_____, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2005.

_____, “As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva”, in: *Casos e Materiais de Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida e José Manuel Vilalonga, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 31-51.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, “Reflexões sobre os fins das penas”, in: *Psicologia e Justiça*, editado por António Castro Fonseca, Coimbra, Almedina, Dezembro, 2008, pp. 381-420.

_____, *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões*, Comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, acção de formação do Conselho Superior da Magistratura, Albufeira, 1 de Julho

de 2011, disponível em:
https://www.csm.org.pt/ficheiros/formacao/vazpatto_finsdaspenas.pdf

PEDRO, Manuel José Miranda, *A lei austríaca sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º 3 (Julho-Setembro), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 465-475.

PEREIRA, Victor Sá, LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar*, 2ª Edição, Lisboa, Quid Iuris Sociedade Editora, 2014.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 209-274.

PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa, Finalidades, Obstáculos, Realizações e Perspectivas de Futuro*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

PRADEL, Jean, “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês, Ensaio de resposta a algumas questões chave”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 6, n.º 24, Outubro-Dezembro, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 1998, pp. 51-63.

PRÉFONTAINE, Daniel C., “Effective criminal sanctions against corporate entities: Canada”, in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 277-284.

PUIG, Santiago Mir, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª Edição, Barcelona, Casa Editorial, Bosch, 1982.

_____, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positive”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fascículo I, Serie 1, nº 3, Enero-Abril, 1986, pp. 49-58.

_____, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Apresentado no Colóquio Internacional de Direito Penal Criminalidade Organizada*, Universidade Lusíada, Lisboa, Novembro de 2002.

_____, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06-01, 2004, pp. 01:1-01:17, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

ROCHA, Manuel António Lopes da, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – novas perspectivas”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 431-488.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “As consequências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos”, in: *Direito e Justiça*, Volume XIII, Tomo II, 1999, Lisboa, pp. 217-255.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, [Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra], Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUÉZ, Laura, *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105º CP: principales problemas de aplicación*, 2003, disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_19.pdf

ROSA, Manuel Cortes, “Natureza jurídica das penas fiscais”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 1-16.

_____, “O problema da aplicabilidade de multas às pessoas colectivas, por violação de deveres fiscais”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 45-59.

ROXIN, Claus, *Acerca da problemática do direito penal da culpa*, Separata do Volume 59 (1983) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1984.

_____, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª Edição, Universidade/Direito e Ciência Jurídica, Lisboa, Vega, 1998.

_____, “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, nº 35 (Julho-Setembro), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, S. Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 2001, pp. 13-27.

_____, “Pena y reparación”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 52, Madrid, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y el Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 5-15.

RUIVO, Marcelo Almeida, “O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º 2 (Abril-Junho), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 175-199.

RUIZ, Jesús Martínez, “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP”, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 1, Agosto de 1999, disponível em:

http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-11.html

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo, "Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 7, Número 27 (Julho-Setembro), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, S. Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 1999, pp. 20-48.

_____, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", in: *InDret – Revista para el análisis del derecho*, 1/2007, Janeiro, Barcelona, 2007, disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>

_____, "Sobre a "administrativização" do Direito Penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI", in: *Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 25-65.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", in: *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, B. Schunemann y J. de Figueiredo Dias (coords.), Barcelona, J.M. Bosch Editor, S.A., 1995, pp. 357 a 378.

_____, "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", in: *InDret – Revista para el análisis del derecho*, 2/2006, n.º 342, Abril, Barcelona, 2006, disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121375/167823>

_____, *La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas*, 2008, pp. 129-148, disponible en:

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewiG1av4tuPJAhWGPBQKHWjdDpkQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fdigitalne.t.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3313891.pdf&usg=AFQjCNHZENjmG7>

[sfY4vPBQzlU-](#)

[qMa7jgzg&sig2=EeiuZzHbXSLtcBwyg0gGmA&bvm=bv.110151844.d.d24](#)

SÁNCHEZ, Percy André, *Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas: penas, medidas de seguridad o un nuevo tipo de sanción penal? Comentários respecto a su naturaleza jurídico*, 2012, disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/responsabilidad_penal_personas_juridicas.pdf

SANTOS, José Beleza dos, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida Editora S.A.R.L., 1968.

SERRA, Teresa, “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas — A propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais. Problemas de (in)constitucionalidade”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, nº 2 (Abril-Junho), 1999, Coimbra, pp. 187-212.

_____, “Establishing a basis for criminal responsibility of collective entities”, in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 203-215.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, in: *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, 1998, pp. 529-558, disponível em: http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKewjwo6mUycLJAhWfVhoKHarJAEIQFggoMAE&url=http%3A%2F%2Fdialect.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F46331.pdf&usg=AFQjCNH5wId6th2vrlB4zLM68gtLFvBNlw&sig2=OxX5_ol49hTkQb4yHOr_dw

_____, "Placing the enterprise under supervision ("Guardianship") as a model sanction against legal and collective entities", in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 293-299.

_____, "Criticising the notion of a genuine criminal law against legal entities", in: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium*, Berlin, May 4-6, 1998, edited by: Albin Eser (University of Freiburg im Breisgau), Günther Heine (University of Gießen) and Barbara Huber (Senior Research Fellow at the Max Planck Institute), Freiburg im Breisgau, Max Planck Institute, 1999, pp. 225-233.

_____, "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía, Pensamientos sobre Immanuel Kant", in: *Indret – Revista para el análisis del derecho*, 2/2008, Abril, Barcelona, disponível em: <http://www.indret.com/pdf/531.pdf>

_____, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", in: *Obras*, Tomo II, Cuarta Parte – Económico, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, pp. 115-161.

SILVA, Germano Marques da, "Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro", in: *Jornadas sobre a Revisão do CP*, número especial da *Revista do CEJ*, n.º 8, 1.º Semestre, 2008, pp. 69-97.

_____, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009.

_____, "Da responsabilidade individual à Responsabilidade Colectiva em Direito Penal Económico", in: *Direito Comercial e das Sociedades, Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin, Direito e Justiça, Revista da*

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 513-527.

SOUSA, João Castro e, *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado "Direito de Mera Ordenação Social"*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

SOUSA, Susana Aires de, "Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?", in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 435-455.

TIEDEMANN, Klaus, "La criminalité socio-économique: aspects internationaux et de droit compare", in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Nouvelle Série n.º 4 (Octobre-Décembre), Paris, 1974, pp. 749-763.

_____, "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 3, n.º11 (Julho-Setembro), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 21-35.

_____, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado", in: *La Reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, coord. Juan-Luis Gómez Colomer, José-Luis González Cussac, Col·lecció Estudis jurídics, n.º 2, Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997, pp. 25-45.

_____, "Corporate Criminal Liability as a third track", in: *Regulating Corporate Criminal Liability*, editors Dominik Brodowski, Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann, Joachim Vogel, Berlin, Springer, 2014, pp. 11-18.

TORRÃO, Fernando - *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva "nos crimes de Empresa"*, Coimbra, Almedina, 2010.

VADILLO, Enrique Ruiz, “La persona jurídica y el Derecho Penal (Breves consideraciones críticas)”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículos II y III, Mayo-Diciembre, 1981, pp. 769-793.

VIANA, João Matos, *A autoria na criminalidade de empresa*, Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico Criminais, orientação do Professor Doutor Augusto Silva Dias, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

WELLS, Celia, *Corporations and Criminal Responsibility*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2001.

WEEZEL, Alex van, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, in: *Política Criminal*, Volume 5, n.º 9, Julho, 2010, pp. 114-142, disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf

WONG, Rosario, *Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: sancion penal o medida administrativa*, disponível em: http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2Frespo_pjuridicas.doc&ei=-bbUVOKzOYz3UNSmgKgF&usg=AFQjCNEc8k-iXnFmKE5BY7gCq13TY48a5Q&sig2=xBnyK4ZyRgk39j8H2UEZtg